

FRANCESCO MUNARI

(Associato di Diritto Internazionale nell'Università di Genova)

**LA PRASSI COMUNITARIA IN TEMA DI LIBERA PRESTAZIONE
DEI SERVIZI NEL SETTORE DEI TRAFFICI AEREI
TRA LOTTA ALLE DISCRIMINAZIONI E COMPRESSIONE
DELLE COMPETENZE DEGLI STATI MEMBRI**

1. Considerazioni introduttive.

Com'è noto, vi sono pochi settori dell'economia nei quali il diritto comunitario ha inciso più profondamente come i trasporti. E tra essi, particolarmente significativa è stata l'azione della Comunità nel trasporto aereo.

In effetti, se si osserva, a ritroso, lo sviluppo del diritto comunitario dei trasporti aerei rispetto al punto di partenza, e cioè la norma «vuota» costituita dall'art. 80.2 (ex 84.2), l'impressione è di grande dinamicità.

Basti pensare che, all'atto della creazione del mercato comune, il trasporto aereo presentava specifiche peculiarità, rispetto alle quali una possibile integrazione dei mercati nazionali pareva in effetti improponibile, a tacere naturalmente della possibilità di applicare al settore in esame principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, quali quelli in tema di concorrenza. Il trasporto aereo risultava infatti quasi integralmente sottratto all'operatività delle regole del mercato ed invece decisamente soggetto al controllo sovrano ed alla conseguente regolamentazione di ciascuno degli Stati membri: in virtù della Convenzione di Chicago del 1944, i traffici internazionali risultavano completamente regolati mediante accordi

bilaterali ripartitivi della capacità di trasporto su base paritetica, mentre quelli interni erano gestiti in regime di monopolio dalle compagnie di navigazione aerea nazionali, le cd. compagnie di bandiera, di proprietà statale ed operanti in modo sostanzialmente svincolato da criteri di mercato. In entrambi i traffici, inoltre, le tariffe erano fissate da parte delle competenti autorità statali.

E anche avuto riguardo al rispetto dei principî di cui all'art. 307 (ex 234) del Trattato, appariva assai difficile che gli Stati membri, in sede di stipulazione del Trattato CE (allora CEE), ipotizzassero una disciplina del settore aereo anche solo programmaticamente rivolta a creare un «mercato comune europeo» dei trasporti aerei, ispirato ai canoni della concorrenza e delle regole di mercato¹.

Così, com'è noto, l'art. 80.2 (ex 84.2) del Trattato si è limitato a prevedere che «il Consiglio ... potrà decidere *se, in quale misura e con quale procedura* potranno essere prese opportune disposizioni per la navigazione [marittima e] aerea». Tanto che, per un periodo di tempo anche piuttosto lungo, da talune parti si era persino giunti a dubitare della stessa vigenza dei principî del Trattato nel campo aereo (e marittimo).

A riempire tale vuoto normativo, peraltro, e come spesso è avvenuto nella storia del diritto comunitario, ha provveduto la giurisprudenza della Corte di Giustizia, che ha letteralmente costretto il legislatore comunitario ad allineare progressivamente e ormai definitivamente il settore in esame agli altri servizi, e in generale alle norme ed ai principî comunitari.

Non è, chiaramente, questa la sede per ripercorrere, anche brevemente, il senso della giurisprudenza in forza della quale anche il settore aereo è stato progressivamente liberalizzato ed assoggettato alle regole di concorrenza, e gli sforzi, anche propositivi, che anche prima dell'intervento della Corte di Giustizia aveva tentato la Commissione².

¹ Cfr. ERDMENGER, *Vorbemerkung zu den Artikeln 74 bis 84*, in *Kommentar zum EWG Vertrag*, a cura di von der Groeben, Thiesing, Ehlermann, 4^a ed., Baden-Baden, 1991, par. 5.

² Al riguardo, e per riferimenti, sia allora consentito il rinvio a MUNARI, *Il diritto comunitario dei trasporti*, Padova, 1996, spec. p. 119 ss.

Alcune tappe significative possono – e debbono – tuttavia ricordarsi.

Innanzitutto, la sentenza *Marinai Francesi*³, in cui, senza esitazione alcuna, la Corte di Giustizia ha precisato che, ad onta del «silenzio» apparentemente risultante dalla lettura dell'art. 80.2 (ex 84.2) del Trattato, i principî del Trattato sono integralmente applicabili a tutto il settore dei trasporti, ivi compresi quelli marittimi ed aerei.

Per contro, l'effetto utile della sentenza citata risultava fortemente limitato dall'esistenza dell'art. 51 (ex 61) del Trattato, a norma del quale la libera circolazione dei servizi in materia di trasporto è regolata dalle norme emanate in attuazione del Titolo V (ex IV). Il che, pertanto, impediva l'operatività nel settore in esame della giurisprudenza *van Binsbergen*⁴, e cioè l'applicazione diretta delle norme sulla libera circolazione dei servizi, fino a quando norme attuative dell'art. 80.2 (ex 84.2) non fossero state adottate dal Consiglio.

Si è dovuto quindi attendere fino alla metà degli anni '80 per un'altra (e più incisiva) serie di pronunce nella materia: con la celeberrima sentenza *Parlamento c. Consiglio*⁵, la Corte, condannando il secondo per la mancata attuazione delle norme del Trattato in materia di trasporto, tra cui proprio l'art. 51 (ex 61), ha dato l'impulso per l'adozione di norme specifiche di settore; poco dopo, con la sentenza *Nouvelles Frontières*⁶, si è sancita invece l'applicabilità al settore aereo degli articoli 81 e 82 (ex 85 e 86), anche in assenza di alcuna disposizione attuativa del Trattato, quantunque con taluni limiti di diretta applicazione, segnatamente in capo ai giudici nazionali. Ed il quadro si è poi completato con l'altrettanto «storica» sentenza *Ahmed Saeed*, pronunciata a liberalizzazione già avviata, con la quale si è sancita l'incondizionata ap-

³ Sentenza 4 aprile 1974, n. 167/73, *Commissione c. Francia (Marinai francesi)*, in *Raccolta*, 1974, p. 395.

⁴ Sentenza 3 dicembre 1974, n. 33/74, *Van Binsbergen*, in *Raccolta*, 1974, p. 1299.

⁵ Sentenza 22 maggio 1985, n. 13/83, *Parlamento c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1985, p. 1513.

⁶ Sentenza 30 aprile 1986, n. 209-213/84, *Asjes e a. (Nouvelles Frontières)*, in *Raccolta*, 1986, p. 1425.

plicazione dell'art. 82 (ex 86) al settore in esame, anche da parte dei giudici nazionali⁷.

D'altronde, la presenza nel settore aereo di una disciplina di diritto internazionale come la Convenzione di Chicago ha limitato la piena applicazione delle libertà comunitarie soprattutto nei traffici aerei tra la Comunità e gli Stati terzi. Il dispiegarsi delle stesse, infatti, risulta tuttora ostacolato, come vedremo anche a motivo di significativi conflitti di competenze tra Comunità e Stati membri.

2. L'ambito della liberalizzazione del settore aereo *ratione materiae* e nella disciplina di secondo grado adottata dalla Comunità.

Sempre in chiave introduttiva delle problematiche di cui al presente lavoro, va sottolineato che, nel settore in esame, la libera circolazione dei servizi non può aver luogo senza l'applicazione delle regole di concorrenza, certamente consustanziali alla prima, visto che, almeno storicamente, il settore aereo appare un comparto fortemente regolamentato. Così, non è stato possibile procedere ad una liberalizzazione del settore senza preventivamente organizzare una vera e propria deregolamentazione del medesimo, e cioè la progressiva applicazione delle regole di concorrenza (incluse quelle relative agli aiuti di Stato), che in effetti ha comportato una effettiva rivoluzione del sistema dei traffici aerei europei, sia pure in misura funzionale agli originari obiettivi del Trattato di integrazione dei mercati nazionali.

In questo senso, l'attuazione della libera prestazione dei servizi nei traffici aerei implica necessariamente l'adozione di regole rivolte in particolare a rimuovere gli ostacoli normativamente previsti per l'accesso ai mercati nazionali ed internazionali, e la prassi e la giurisprudenza più interessanti che tali regole hanno applicato vertono in realtà proprio sulle problematiche appena ricordate.

⁷ Sentenza 11 aprile 1989, n. 66/86, *Ahmed Saeed*, in *Raccolta*, 1989, p. 803.

Il legame tra libera prestazione dei servizi e regole di concorrenza si evidenzia poi particolarmente nella disciplina che ha liberalizzato (e deregolamentato) il mercato delle infrastrutture di trasporto aereo, e cioè i servizi aeroportuali, anch'essi oggetto di rilevanti interventi normativi: intervenuta la liberalizzazione del trasporto aereo, regole omologhe dovevano necessariamente essere – e sono state – adottate anche per le infrastrutture aeroportuali ed i servizi prestati al loro interno⁸.

Un esame della prassi e giurisprudenza nella materia non sarebbe tuttavia possibile senza un brevissimo *excursus* delle principali norme di secondo grado adottate nel settore, le quali, giova sottolineare, non solo anticipano temporalmente le numerose norme adottate successivamente dalla Comunità per liberalizzare i settori caratterizzati da mercati regolamentati, ma si configurano anche come avanzata e coraggiosa scelta applicativa dell'art. 86 (ex 90) del Trattato. E ciò, si badi anche mediante l'individuazione di soluzioni normative basate su rigorose quanto sofisticate applicazioni delle teorie economiche rilevanti al riguardo, successivamente estese alle telecomunicazioni, alle c.d. *public utilities*, nonché a tutti gli altri comparti sottratti alla piena operatività delle regole del mercato e soggetti invece in varia misura all'intervento pubblico.

La sentenza *Nouvelles Frontières*, in precedenza ricordata, aveva sancito la diretta applicabilità delle norme antitrust nel trasporto aereo. La sua applicazione, peraltro, rischiava di produrre effetti dirompenti sull'intera organizzazione dei traffici aerei, dando luogo ad una liberalizzazione non controllata⁹. Così, la liberaliz-

⁸ Per una più compiuta ricostruzione in materia, che tiene conto specificamente del quadro italiano, v. NICOLETTI, *Concorrenza ed efficienza nel settore aeroportuale, Temi e problemi* (a cura dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato), Roma 1998.

⁹ L'opportunità di una liberalizzazione graduale di settori in precedenza regolamentati è universalmente riconosciuta. Per un'eccellente analisi della problematica, proprio relativamente al settore aereo, v. il saggio di LEVINE, *Airline Competition in Deregulated Markets: Theory, Firm Strategy, and Public Policy*, in *Yale J. Reg.*, 1987, p. 393 ss.; in ambito europeo, cfr. lo studio dell'OCSE, *Déréglementation et concurrence dans les transport aériens*, Paris, 1988; nonché lo studio *The Economics of Air Transport*, in *Dir. Eur. Trasp.*, 1994, p. 142 ss.; JOHNSON, *Removing Barriers to Market Entry in the Air Transport Industry: The Application of The EC Competition Rules*, in *Leg. Iss. Eur. Int.*, 1993, 2, p. 1 ss.

zazione del settore aereo è avvenuta per tappe progressive nell'arco di un decennio, dal 1987 al 1997, anno nel quale la libera prestazione dei servizi è divenuta applicabile anche ai traffici di cabotaggio¹⁰.

A somiglianza di quanto è avvenuto in molti altri comparti economici, e in particolare nel trasporto, la disciplina (definitiva) di settore individua innanzitutto criteri soggettivi di accesso ai traffici aerei (intracomunitari). Il Regolamento n. 2407/92¹¹, identificando i vettori aerei comunitari e stabilendo gli *standard* che le compagnie aeree debbono possedere per poter essere ricomprese tra tali vettori e fruire così delle libertà garantite dall'appartenenza al sistema comunitario: i soggetti in possesso di tali requisiti possono ottenere dagli Stati membri di loro principale stabilimento una «licenza» di vettore aereo comunitario, e tali Stati membri sono tenuti a rilasciarla. Secondo i noti principî del mutuo riconoscimento, tutti gli Stati membri sono quindi obbligati a consentire l'accesso ai propri traffici alle compagnie aeree detentrici di una licenza comunitaria. È importante sottolineare che, essendo l'accesso ai traffici aerei intracomunitari condizionato al solo possesso di requisiti qualitativi (e non più quantitativi, come in passato), il Regolamento in esame consente la nascita di nuove compagnie europee di trasporto aereo, alle quali sono riconosciuti i medesimi diritti di accesso e partecipazione al traffico spettanti alle tradizionali compagnie c.d. di bandiera, il cui tradizionale monopolio (specie sui traffici nazionali), risulta così progressivamente eroso dalla comparsa sui mercati di nuove imprese.

La liberalizzazione del settore aereo comporta naturalmente l'adozione di una specifica disciplina applicativa degli articoli 81 e 82 (ex 85 e 86) alla materia, ciò che è stato fatto col Regolamento

¹⁰ L'oggetto del presente lavoro esclude chiaramente alcun approfondimento sulle numerose ed importanti norme attuative della liberalizzazione nel comparto aereo, che in appresso verranno in effetti semplicemente «elencate». Per una più approfondita disamina, anche in chiave di sviluppo storico della materia, e per ulteriori riferimenti, sia consentito ancora il rinvio a MUNARI, *op.cit.*, p. 163 ss. Cfr. inoltre, anche per riferimenti, il recente breve volume di ROMANELLI-TULLIO (a cura di), *Aspetti della normativa comunitaria sui servizi aerei (cd. terzo pacchetto)*, Cagliari, 1999.

¹¹ In G.U.C.E. n. L 240/1992, p. 1.

n. 3975/87¹², il cui attuale ambito di applicazione copre sia i trasporti intracomunitari, che quelli di cabotaggio¹³, ed una liberalizzazione delle tariffe, prevista dal Regolamento n. 2409/92¹⁴, nel quale l'unico spazio riservato alle autorità competenti è un limitato controllo *a posteriori* sulla congruità delle tariffe passeggeri di linea¹⁵.

Di grande importanza ai fini della libera circolazione dei servizi di trasporto aereo è invece il Regolamento n. 2408/92¹⁶, sul quale, anche in chiave di migliore comprensione della prassi applicativa, che vedremo, qualche maggiore ragguaglio appare opportuno.

In linea tendenziale, e quindi salve talune eccezioni e limitazioni, il Regolamento n. 2408/92 attua in modo pieno la libera circolazione dei servizi nel settore, prevedendo in effetti un principio generale di libertà di accesso ai traffici intracomunitari – e, a partire dal 1997, anche nazionali – per tutte le compagnie della Comunità.

L'esercizio del diritto di accesso ai traffici deve peraltro esplicarsi in conformità alle norme comunitarie, nazionali o locali in materia di sicurezza e ambiente, e resta comunque soggetto all'esistenza di bande orarie (i c.d. *slot*) disponibili negli scali aeroportuali interessati dall'accesso al traffico (e cioè alla capacità effettiva dello scalo aeroportuale nelle diverse ore della giornata), ed al rispetto delle norme che ne disciplinano l'allocazione tra i vettori richiedenti¹⁷.

¹² In *G.U.C.E.* n. L 374/1992, p. 1.

¹³ V. la modifica al Regolamento in esame, effettuata dal regolamento n. 2410/92, in *G.U.C.E.* n. L 240/1992, p. 18.

¹⁴ In *G.U.C.E.* n. L 240/1992, p. 15.

¹⁵ Più precisamente, si prevede un eccezionale potere degli Stati di bloccare le tariffe praticate sui propri traffici con altri Stati membri, nel caso in cui esse siano ritenute troppo elevate o troppo basse alla luce dei costi nel lungo periodo delle compagnie interessate e della situazione del traffico in questione, e a condizione che il provvedimento sia giustificato da esigenze di interesse generale. Ed al riguardo, è interessante sottolineare che tali parametri di riferimento per stabilire la congruità delle tariffe aeree sono quasi letteralmente ripresi dalla sentenza *Ahmed Saeed*, citata.

¹⁶ In *G.U.C.E.* n. L 240/1992, p. 8.

¹⁷ In effetti, la libertà di operare servizi di trasporto aereo è condizionata dalla possibilità di poter decollare ed atterrare dagli aeroporti interessati, i quali, com'è noto, sono normalmente più che congestionati. Talché la possibilità di «prenotare» presso il gestore aeroportuale gli orari di prospettato arrivo o partenza degli aeromobili diviene una *condicio sine qua non* per l'effettiva prestazione del servizio. Correlativamente, un sistema di allocazione di *slots* aperto e non discriminatorio è essenziale per evitare che il «col-

Va tuttavia sottolineato, circostanza questa assai importante per le sue implicazioni pratiche ed applicative, che l'accesso al servizio di trasporto aereo da parte di qualunque vettore comunitario richiedente non significa libera scelta del singolo aeroporto di partenza o arrivo: ove infatti nella medesima area (*rectius*, «sistema aeroportuale») si trovino più aeroporti¹⁸, lo Stato membro può indicare alle compagnie l'aeroporto sito all'interno dello stesso «sistema aeroportuale» sul quale esse sono autorizzate a fare scalo.

Il Regolamento individua, si osservava, talune eccezioni al generale regime di libero accesso ai traffici aerei, giustificate da esigenze temporanee ovvero dalle caratteristiche (e dalle dimensioni) di alcuni traffici aerei singolarmente considerati, la cui applicazione è soggetta tuttavia al controllo della Commissione e degli altri Stati membri interessati al traffico. La prima eccezione è costituita dal potere degli Stati membri interessati di imporre limitazioni all'accesso a singoli traffici per garantire l'effettuazione di servizi di trasporto aereo verso regioni periferiche od a bassa densità di traffico, le cui caratteristiche non consentono l'operatività delle regole di concorrenza. È il caso, non così infrequente nei trasporti aerei, di mercati aventi caratteristiche di monopolio naturale. In queste ipotesi, lo Stato o gli Stati interessati possono anche imporre ai vettori obblighi di servizio pubblico, ed eventualmente affidare ad un solo vettore la gestione del servizio¹⁹. Ove ciò avvenga, peraltro,

lo di bottiglia» costituito dalla scarsità delle bande orarie disponibili renda di fatto velleitaria la liberalizzazione dei trasporti aerei. Tale obiettivo è perseguito mediante il Regolamento n. 95/93 (in *G.U.C.E.* n. L 14/1993, p. 1), ispirato ai noti criteri del divieto di discriminazione, parità di trattamento e ragionevole accesso al mercato da parte di nuovi entranti. Per una sintesi sul Regolamento v. MUNARI, *op.cit.*, p. 201, anche per riferimenti. Per un più completo discorso sulla tematica della congestione aeroportuale, e delle conseguenze da essa derivanti, cfr. invece NICOLETTI, *op.cit.*, *passim*.

¹⁸ Il Regolamento n. 2408/92 definisce il sistema aeroportuale come il gruppo di aeroporti siti nella medesima regione geografica, sì da essere considerati luoghi di partenza o destinazione sostanzialmente equivalenti ai fini di uno stesso servizio di trasporto aereo di linea. I sistemi aeroportuali europei sono indicati in allegato al Regolamento; in Italia vi sono due sistemi: Milano, con gli aeroporti di Linate, Malpensa e Bergamo Orio al Serio, e Roma, con Fiumicino e Ciampino.

¹⁹ In effetti, taluni Stati membri, e segnatamente la Francia, hanno fatto un'applicazione assai (e secondo alcuni *troppo*) generosa del potere di limitare l'accesso al mercato in forza della deroga consentita dal Regolamento in esame, con ciò preservando modelli monopolistici e regolamentati in moltissime tratte aeree. Il che, per contro, ha

debbono essere rispettate dallo Stato membro procedure «aperte» per la selezione della compagnia aerea, da ripetersi periodicamente al fine di evitare la creazione di rendite di posizione ovvero abbassamenti dei livelli di efficienza, secondo la più ortodossa applicazione delle teorie economiche relative alla «contendibilità» dei mercati caratterizzati da situazioni di c.d. monopolio naturale.

Il secondo tipo di eccezioni consiste nella facoltà dei Paesi membri di limitare l'accesso ai propri traffici aerei ove sussistano gravi problemi ambientali o di congestionamento delle rotte, se esistono modi di trasporto alternativi idonei a fornire servizi soddisfacenti²⁰.

Come si osservava, la liberalizzazione del settore non ha investito soltanto il trasporto aereo, ma anche i servizi aeroportuali, e l'accesso al mercato di tali servizi. Con la Direttiva n. 96/67²¹ sono state così fissate regole comuni per l'accesso a – e quindi la liberalizzazione di – questi servizi, che applicano principi ormai ampiamente utilizzati nella materia dei mercati regolamentati, quali la separazione tra attività di amministrazione dell'aeroporto e servizi resi dal gestore aeroportuale a favore delle linee aeree, la previsione di regole per l'accesso a tali servizi in condizioni di parità e non discriminazione, sia a fornitori di servizi a favore di terzi, sia alle stesse linee aeree che intendano autoprodurre i servizi. Derghe e limitazioni all'accesso sono previste in presenza di condizioni o-

anche determinato la Commissione ad aprire una procedura volta ad esaminare se tale ple-tora di limitazioni al libero accesso ai traffici aerei sia, in effetti giustificata. L'Italia non ha invece fatto ancora alcun uso del potere conferitogli dall'art. 4 del Regolamento. Assai di recente, peraltro, il nostro ordinamento si è per lo meno dotato degli strumenti normati-vi idonei al finanziamento degli oneri di servizio pubblico imposti alle linee interessate a servire tratte a bassa densità di traffico. Cfr. in tal senso l'art. 36 della L. 17 maggio 1999, n. 144, in *Suppl. Ord.* n. 99 alla *G.U.* n. 118 del 22 maggio 1999.

²⁰ Cfr. l'art. 9 del Regolamento. Queste limitazioni sono consentite solo previo il rispetto di parametri piuttosto precisi, ed in particolare soltanto se (a) siano adottate per periodi di tempo determinati e tendenzialmente ridotti, (b) siano poste in essere su base non discriminatoria, (c) non siano tali da comportare distorsioni della concorrenza ed infine (d) siano proporzionate rispetto alle esigenze cui si intende far fronte con le restrizioni dei traffici.

²¹ In *G.U.C.E.* n. L 272/1997, p. 37. La direttiva è stata recentemente attuata nell'ordinamento italiano con D. Lgs. 13 gennaio 1999, n. 18, in *Suppl. ord.* n. 29 alla *G.U.* n. 28/1999.

biettive relative all'aeroporto (carenza di spazi, congestione degli stessi), ovvero per determinati servizi, la cui erogazione, per motivi di efficienza, ovvero di sicurezza, implica un numero ridotto di operatori (es. assistenza bagagli, erogazione carburante, servizi di rampa). Resta sempre salvo il rispetto dei «classici» criteri di obiettività, trasparenza, necessità e proporzionalità nella giustificazione delle suddette deroghe e limitazioni, oltre al controllo della Commissione sull'assenza di discriminazioni e/o di illegittime distorsioni della concorrenza nell'applicazione di tali deroghe²². Vedremo, tuttavia, che l'applicazione di tali criteri da parte della Commissione risulta in effetti per certi versi criticabile.

Il quadro normativo testé accennato costituisce quindi lo sfondo all'interno del quale si realizza la libera circolazione dei servizi nel settore aereo. Norme precise disciplinano in modo compiuto, da un lato, l'accesso ai mercati nel comparto in esame, individuando in capo alle imprese diritti di accesso e di partecipazione ai traffici aerei, ed ai servizi ad essi collegati; dall'altro lato, specifiche competenze e poteri in capo agli Stati membri di regolamentare i suddetti diritti dei vettori aerei, da esercitarsi a condizioni di non discriminazione e nel rispetto dei canoni di concorrenza.

3. L'applicazione del diritto comunitario secondario in tema di liberalizzazione del settore aereo: l'accesso al mercato e l'istituzione di nuovi collegamenti aerei.

Con l'entrata in vigore della normativa di secondo grado brevemente accennata nel paragrafo che precede, ed in particolare del Regolamento n. 2408/92, i vettori aerei in possesso della «licenza» comunitaria *ex* Regolamento n. 2407/92 possono istituire servizi di linea o non di linea su una determinata rotta, fruendo cioè della libera prestazione dei servizi.

Tuttavia, e com'è ovvio, prima di cominciare ad operare un servizio di trasporto aereo il vettore deve presentare una domanda

²² Per una lettura più completa dei principî poc'anzi accenati v. ancora NICOLETTI, *op.cit.*, *passim*.

alle autorità degli Stati membri competenti per la gestione del traffico aereo nell'ambito del quale esso è interessato ad operare.

Il che dà l'inizio ad un rapporto e/o ad un confronto tra impresa e (autorità dello) Stato membro, nell'ambito del quale l'esercizio dei normali poteri di controllo e verifica sulle condizioni, modalità ed eventuali limiti di accesso al traffico può dar luogo a (illecite) restrizioni alla libera circolazione dei servizi e/o al godimento della relativa libertà.

Si pensi all'ipotesi in cui le autorità competenti ritardino la definizione del procedimento di autorizzazione, ovvero consentano l'accesso al traffico da e per un aeroporto (facente parte del medesimo «sistema aeroportuale» cui l'istante vorrebbe avere accesso) diverso (e assai meno) interessante di quello dal o verso il quale la linea aerea vorrebbe operare, ovvero addirittura neghino l'accesso al traffico, magari a motivo dell'assenza di *slot* adeguati, o senza alcuna motivazione. Spesso tali ostacoli risultano giustificati dalle stesse norme di secondo grado in precedenza evidenziate. Talora, peraltro, e in effetti non così raramente, la reale (e inconfessata) motivazione può essere quella di evitare l'ingresso sul mercato di un nuovo operatore, al fine di proteggere le compagnie già presenti sul traffico, solitamente le compagnie «di bandiera», le quali storicamente presidiano il traffico stesso nella vecchia logica di suddivisione dei mercati tipica del modello regolamentato, vigente prima dei processi di liberalizzazione sorti a seguito delle norme comunitarie poc'anzi accennate.

In questi casi, scatta allora la protezione delle libertà di prestazione dei servizi prevista a livello comunitario, secondo standard applicativi e canoni interpretativi assai efficaci, che hanno anche individuato precisi criteri e limiti all'esercizio dei poteri di controllo e gestione dei traffici aerei in capo agli Stati membri (ovvero alle autorità e/o gestori dei traffici all'uopo preposti), pur previsti dal diritto comunitario, ed in particolare dal Regolamento n. 2408/92.

In questo contesto, e com'è noto, spetta alla Commissione la verifica del corretto esercizio dei poteri di limitazione al libero accesso ai traffici stabiliti dal diritto comunitario secondario. Ed invero, la prassi applicativa individua una progressione nell'azione di

quest'ultima che, quanto meno negli ultimi tempi, e come meglio vedremo in prosieguo, non appare sempre condivisibile.

In realtà, la Commissione sviluppa la propria giurisprudenza rispetto a casi tutto sommato «facili», nei quali le restrizioni al godimento della libera prestazione dei servizi apparivano evidentemente collegate a discriminazioni basate sulla nazionalità, ovvero al desiderio di proteggere le rispettive compagnie «di bandiera», e si inquadravano viepiù in un contesto fattuale e procedurale caratterizzato da scarsa trasparenza.

Così, nel caso *Viva Air*, è stato considerato incompatibile col diritto comunitario, ed in particolare col diritto di accesso ai traffici aerei previsto dal Regolamento n. 2408/92, un provvedimento di diniego della domanda di apertura di un servizio di linea effettuata da una compagnia aerea, fondato sulla semplice comunicazione che non vi erano bande orarie disponibili²³.

In tale occasione, la Commissione ha anche avuto modo di applicare al settore in esame la consolidata giurisprudenza in materia di limitazioni alle libertà fondamentali previste dal Trattato, le quali, com'è noto *«debbono essere interpretate restrittivamente e fondarsi su criteri trasparenti, obiettivi, costanti per un determinato periodo di tempo e non discriminatori. Spetta agli Stati membri motivare adeguatamente le ragioni in forza delle quali si ritengono applicabili deroghe all'accesso ai traffici, le quali debbono essere basate su elementi non erronei, obiettivi e legati ad esigenze imperative d'interesse generale, ed inoltre proporzionate rispetto all'ampiezza della misura ed al suo carattere restrittivo»*²⁴. Tali principî sono stati reiterati nella di poco successiva decisione *TAT I*, riguardante in sostanza un caso piuttosto evidente di discriminazione²⁵, dando corpo quindi ad un orientamento che avrebbe avuto un peso decisivo rispetto a questioni assai più delicate, e nelle quali, come vedremo, l'applicazione di tali criteri generali avrebbe potuto essere assai più cauta.

²³ Decisione n. 93/347, *Viva Air*, in *G.U.C.E.* n. L 140/1993, p. 51.

²⁴ Negli stessi termini anche la Decisione *TAT II*, citata.

²⁵ Il principio è contenuto già nella Decisione n. 94/290, *TAT I*, in *G.U.C.E.* n. L 127/1994, p. 22, su cui v. anche *infra*.

Altri principi pronunciati dalla Commissione nelle prime applicazioni del Regolamento n. 2408/92 risultano invece non problematici: ad esempio, sempre nel caso *Viva Air*, si è chiarito che i provvedimenti statali che limitano o impediscono l'accesso al traffico aereo nei confronti di vettori comunitari, oltretutto compiutamente motivati, debbono anche essere impugnabili dinanzi alle giurisdizioni nazionali. E nella decisione *TAT II*, si è stabilito che lo Stato membro non può indebitamente prolungare il riscontro ad un'istanza di accesso ad un traffico effettuata da un vettore aspirante nuovo entrante, e che in caso di inerzia delle autorità nazionali competenti nel dar corso a tale istanza, questa deve ritenersi accordata, vigendo al riguardo un principio di silenzio-assenso²⁶.

Anche in tema di «contendibilità» dei mercati caratterizzati da situazioni di c.d. monopolio naturale le prime decisioni della Commissione non destano problemi: così, nel caso *TAP-Azzorre Madera*, si è precisato che la gestione del servizio a favore di una singola compagnia in condizioni di monopolio non può che avvenire previa selezione dei potenziali interessati secondo procedure trasparenti ed aperte a tutti i vettori della Comunità, e che la selezione deve essere periodicamente ripetuta, ad intervalli di tempo che, al massimo, non possono superare i tre anni dalla precedente gara²⁷. Il che, naturalmente, al fine di evitare la diminuzione delle condizioni di efficienza sul traffico da parte dei vettori operanti su di esso in regime di monopolio, con conseguente diminuzione della qualità del servizio ovvero aumento dei prezzi ovvero ancora creazione di rendite di posizione in capo ai citati vettori.

Invero, già dai primi casi applicativi del Regolamento n. 2408/92, emerge l'estrema attenzione della Commissione rispetto a qualunque possibile restrizione alle libertà di prestazione dei servizi di trasporto aereo, rilevata su denuncia o *ex officio*, ed in effetti si sviluppa un'interpretazione delle norme di tale Regolamento in forza della quale, a ben vedere, lo stesso potere degli Stati membri di introdurre limitazioni alle libertà di prestare servizi di trasporto aereo risulta esercitato, di fatto, nell'ambito di una costante e pene-

²⁶ Decisione n. 94/291, *TAT II*, in *G.U.C.E.* n. L 127/1994, p. 32.

²⁷ Decisione n. 94/666, *TAP-Azzorre e Madera*, in *G.U.C.E.* n. L 260/1994.

trante attività di consultazione e di informazione della Commissione, con la quale lo Stato membro è tenuto ad interloquire anche in fase di predisposizione dei provvedimenti di organizzazione/razionalizzazione del proprio traffico aereo.

4. *Segue: l'accesso ai traffici nei casi di «sistema aeroportuale».*

Questa «lettura» del Regolamento n. 2408/92 ha trovato sviluppi affatto significativi relativamente a due profili di rilievo: l'ingresso nel mercato dei servizi aeroportuali, che vedremo, e l'accesso ai c.d. sistemi aeroportuali, relativi cioè ad un'area geografica determinata (un «agglomerato urbano» secondo il Regolamento n. 2408/92), nella quale gli aeroporti sono più d'uno.

I sistemi aeroportuali sono assai frequenti, e riguardano normalmente i bacini di traffico relativi alle grandi città europee (Londra, Parigi, Berlino, Milano, Roma), sulle quali, cioè, e tra l'altro, si concentra la maggiore domanda di trasporto aereo, e quindi maggiore è l'interesse dei vettori di offrire detti servizi.

Tuttavia, non sempre, ed anzi, piuttosto di rado, gli aeroporti di un medesimo sistema appaiono perfettamente sostituibili tra loro: talora, infatti, uno scalo è più distante dal centro città di un altro, ovvero è caratterizzato da collegamenti più disagiati; altre volte, invece, è la tipologia di traffico facente capo ai diversi aeroporti del medesimo sistema ad essere differente, ad esempio perché il primo aeroporto è utilizzato per traffico locale, laddove l'altro (o gli altri) per traffici internazionali/a lungo raggio.

È noto che la liberalizzazione dei traffici aerei ha sensibilmente modificato le modalità di organizzazione dei servizi, sostituendo ai collegamenti diretti città-città un sistema più articolato, o «a raggiera», caratterizzato da una serie di collegamenti da/per aeroporti «regionali» con aeroporti c.d. *hub* siti nelle vicinanze dei primi, i quali *hub* smistano il traffico con altri *hub*, dai quali partono a loro volta i collegamenti con una serie di aeroporti regionali siti nell'area di ciascun *hub* interessato.

Questo modello organizzativo determina conseguenze di rilievo per i vettori aerei, i quali, per ciascun collegamento da essi offerto, non solo soddisfano la domanda di passeggeri con partenza e destinazione ultima tra i due aeroporti del collegamento, ma raccolgono anche numerosi passeggeri «in transito» da uno dei due aeroporti verso o da ulteriori destinazioni. Ed in quest'ottica, il servizio di trasporto aereo diviene tanto più profittevole quanti più passeggeri in transito possono essere raccolti, ciò che a sua volta, necessariamente, dipende dai collegamenti ulteriori che l'aeroporto su cui si chiede accesso offre ai passeggeri stessi, nazionali o internazionali.

Non di rado, gli aeroporti del medesimo sistema aeroportuale sono caratterizzati da collegamenti tra loro diversi, sicché diviene non indifferente per un vettore avere accesso ad uno piuttosto che all'altro aeroporto. E per converso, la ripartizione del traffico fatta dalle competenti autorità di uno Stato membro su uno o l'altro aeroporto di uno stesso sistema può in effetti condizionare le stesse prospettive di successo di un (nuovo) collegamento aereo.

Avuto riguardo al fatto che, normalmente, le compagnie meglio posizionate sul mercato sono quelle c.d. preesistenti, spesso coincidenti coi vettori «di bandiera» di ciascuno Stato membro, e che esse hanno avuto accesso agli aeroporti in un periodo storico in cui non esistevano problemi di allocazione né di congestione dei traffici, non può sfuggire che, in una fase di liberalizzazione del mercato, queste ultime compagnie siano avvantaggiate rispetto a eventuali nuovi entranti con riferimento alla possibilità di posizionare in modo ottimale i traffici su determinati aeroporti, sfruttando al meglio i collegamenti «ulteriori», e quindi la domanda di traffico in transito, relativi a ciascuna tratta²⁸. Nessuno stupore, quindi, se il tema della ripartizione dell'accesso al traffico all'interno di uno

²⁸ Il che, si badi, e sia detto neppure troppo per inciso, anche a motivo del fatto che, non raramente, sono queste stesse compagnie ad avere attivato tutta la rete di collegamenti «ulteriori» (si pensi, ad esempio, al traffico di cabotaggio), da o verso la quale possono poi essere realizzati collegamenti internazionali. Talché, a volte, l'esigenza di «proteggere» il proprio investimento o il proprio sforzo in termini di utilizzo delle sinergie di un *network* di collegamenti a basso traffico con collegamenti ad alto traffico può non essere, a ben vedere, ingiustificata.

stesso sistema aeroportuale sia uno dei più delicati nella liberalizzazione dei traffici aerei adottata a livello comunitario.

Sul piano del diritto positivo, nel Regolamento n. 2408/92 l'accesso al traffico per lo svolgimento di servizi di trasporto aereo si riferisce tuttavia non già al singolo scalo aeroportuale, bensì, ove esistente, al «sistema aeroportuale». Ed infatti, a norma dell'art. 8.1 del Regolamento, spetta agli Stati membri il potere di «regolamentare, senza discriminazioni fondate sulla nazionalità o l'identità del vettore aereo, la ripartizione del traffico tra aeroporti situati all'interno di un sistema aeroportuale», essendo previsto, all'art. 8.3, un potere della Commissione di vigilare sull'esercizio di tale potere, da esercitarsi tra l'altro entro limiti di tempo ben precisi e, secondo quanto parrebbe dalla lettera della norma, in funzione di evitare «discriminazioni basate sulla nazionalità o l'identità dei vettori».

In forza di tale potere, la Commissione ha costantemente censurato provvedimenti degli Stati membri di ripartizione dei traffici su un sistema aeroportuale, ovvero di assegnazione di accessi ad un aeroporto piuttosto che ad un altro dello stesso sistema, ogni volta che tali provvedimenti, direttamente o indirettamente, potevano configurare una discriminazione tra vettori, magari in base alla nazionalità, e magari in un senso tale da favorire la compagnia nazionale «di bandiera» rispetto a imprese concorrenti stabilite in altri Stati membri.

Così, fin dal già ricordato caso *Viva Air*, è stato ritenuto incompatibile col Regolamento n. 2408/92 il rifiuto delle autorità francesi di autorizzare la compagnia istante ad operare un servizio Madrid-Parigi dall'aeroporto Charles de Gaulle (CDG), avendo invece le stesse autorità prospettato a Viva Air l'autorizzazione al servizio utilizzando l'aeroporto di Orly, in quanto tale rifiuto (peraltro espresso in assenza di adeguata motivazione), da un lato, manteneva la posizione di forza di Air France sulla linea Madrid-Parigi CDG, dall'altro lato, privava Viva Air della possibilità di usufruire degli ulteriori collegamenti a lungo raggio offerti da CDG (in effetti, l'aeroporto *hub* di Parigi), e della domanda di trasporto

da essi derivata, di cui Viva Air avrebbe potuto giovare nel servizio da e per Madrid.

Per contro, nel successivo caso *TAT I*, la Commissione ha censurato un provvedimento francese che, ripartendo il traffico tra Parigi Orly e Parigi CDG nel senso di utilizzare il primo esclusivamente per collegamenti nazionali (salvo taluni voli da Spagna, Grecia e Portogallo), ed il secondo per quelli internazionali, determinava sensibili restrizioni alla libera circolazione dei servizi per i vettori aerei di altri Stati membri della Comunità (tra cui la TAT European Airlines, che voleva operare un servizio da Londra a Parigi Orly, e che aveva dato inizio alla procedura), che non potevano avvalersi di Orly, tra l'altro più vicino alla città di Parigi e nel quale confluiva il traffico di cabotaggio francese, che poteva fornire domanda aggiuntiva di trasporto «in transito» sui collegamenti intra-comunitari offerti dai vettori interessati a scalare Orly. Come si accennava in precedenza, nel censurare tale provvedimento, la Commissione ha applicato il principio di proporzionalità, ed ha concluso che le giustificazioni al riguardo addotte dalle autorità francesi (segnatamente, l'esigenza di saturare Parigi CDG per ottimizzare gli investimenti infrastrutturali per esso realizzati), pur se comprensibili, non potevano considerarsi sufficienti, tanto più considerando che, in tale situazione, il traffico di cabotaggio francese da e per Parigi (operato da Orly), sarebbe di fatto rimasto precluso ai vettori comunitari (diversi da greci, spagnoli e portoghesi interessati a servizi di c.d. cabotaggio consecutivo)²⁹.

Nello stesso senso, nel pedissequo caso *TAT II*, sono stati dichiarati incompatibili col Regolamento n. 2408/92, in quanto discriminatori, provvedimenti statali che irragionevolmente impedivano al vettore di un altro Stato membro di operare, all'interno dello stesso sistema aeroportuale, sull'aeroporto largamente preferito dagli utenti rispetto a quello per il quale era stato accordato l'accesso.

²⁹ Come ad esempio un volo Madrid-Nizza con scalo a Parigi: la tratta Parigi-Nizza è definita come cabotaggio consecutivo, liberalizzata (a talune condizioni) già a partire dal 1993, laddove il cabotaggio *tout-court* è aperto ai vettori di altri Stati membri solo dall'aprile 1997.

Nel solco di tali precedenti si è inserito il noto caso *Malpensa*, che molta eco ha avuto anche sui *media* nazionali³⁰. Anche qui, è stata ritenuta lesiva della libera circolazione dei servizi, ed in particolare del Regolamento n. 2408/92, la ripartizione del traffico aereo sul sistema aeroportuale di Milano effettuata dal Ministero dei Trasporti e della Navigazione italiano, in forza della quale si voleva spostare tutto il traffico intracomunitario precedentemente su Milano Linate a Malpensa (o Bergamo Orio al Serio), lasciando a Linate soltanto i collegamenti con volumi di traffico superiori ad una soglia prefissata dalle autorità italiane, nella fattispecie esaurentisi nella linea Milano-Roma, allo stato operata massimamente da Alitalia.

La Commissione ha considerato il provvedimento delle autorità italiane discriminatorio, in quanto volto a favorire il vettore Alitalia a scapito dei concorrenti, a motivo del fatto che, grazie alla navetta Milano-Roma, Linate avrebbe continuato ad alimentare uno degli *hub* di tale compagnia (cioè Roma-Fiumicino) laddove gli altri vettori comunitari non avrebbero più potuto alimentare i rispettivi *hub* da Linate.

Inoltre, i provvedimenti di ripartizione del traffico nel sistema aeroportuale milanese sono stati ritenuti eccessivamente restrittivi della libera circolazione dei servizi, e dunque sproporzionati, in quanto idonei a privare i vettori comunitari di un importante scalo aeroportuale quale Linate, tra l'altro assai più vicino e meglio collegato a Milano rispetto a Malpensa. Così, e com'è noto, a seguito della decisione, l'Italia ha modificato la normativa impugnata, riducendo notevolmente il prospettato trasferimento dei traffici da Linate a Malpensa, destinato – a quanto pare – ad aver luogo in modo graduale.

In effetti, le decisioni poc'anzi ricordate evidenziano senza dubbio un potere di intervento assai penetrante in capo alla Commissione, che viene esercitato con grande rigore. Esso, peraltro, tende a privare gli Stati membri di sostanziali spazi di manovra sulle modalità con cui organizzare quella ripartizione dei traffici

³⁰ Decisione 98/710, *Norme italiane sulla ripartizione del traffico all'interno del sistema aeroportuale di Milano («Malpensa»)*, in G.U.C.E. n. L 337/1998, p. 42.

all'interno dei sistemi aeroportuali che pure è chiaramente prevista dal Regolamento n. 2408/92.

A mio avviso, non è detto che un intervento così incisivo sia sempre giustificabile a norma del Regolamento n. 2408/92 e dei poteri ivi previsti rispettivamente in capo alla Commissione ed agli Stati membri. Anzi, non di rado potrebbe essere vero il contrario. Ora, non va sottaciuto che, con ogni probabilità, tra le righe di ciascuna delle decisioni poc'anzi esaminate, il vero obiettivo colpito dalla Commissione era la (indiretta) discriminazione patita da imprese di trasporto comunitarie a beneficio dei vettori nazionali di bandiera. Ed è possibile che questo si ricollegi tuttora alla fase iniziale della liberalizzazione del settore, nel quale, se non altro per motivi storici, sussistono tuttora «vischiosità» tra apertura dei traffici, anche internazionali, e possibile (e spesso paventata) perdita di quote di mercato delle compagnie nazionali, con conseguenti ripercussioni negative che ciascuno Stato membro tenta ad evitare attraverso misure che possono apparire di stampo protezionistico.

D'altro canto, neppure va dimenticato che, non di rado, tali misure cercano di riequilibrare condizioni di competitività in precedenza penalizzanti un sistema economico e/o le imprese nazionali, in una logica di allenamento ad un medesimo *level playing field* di tutti gli attori operanti in un contesto da poco liberalizzato.

Ma a prescindere da quanto sopra, gli effetti di tali decisioni possono risultare pregiudizievoli per l'utilizzo efficiente di costose infrastrutture aeroportuali, che non possono essere adeguatamente sfruttate e quindi ammortizzate (come nei casi *TAT I* e *Malpensa*), con conseguenze negative per la collettività. Ma non soltanto. Si pensi al fatto che, di regola, le infrastrutture vengono realizzate per risolvere situazioni problematiche e/o difficoltose, generate dalla congestione e/o dalla obsolescenza – anche in termini di interesse generale – di vecchie infrastrutture: ad esempio, aeroporti «vecchi» possano essere troppo centrali rispetto alle città, e quindi un eventuale eccesso di traffico su tali aeroporti può determinare effetti negativi sulla complessiva sicurezza dello scalo, o sull'ambiente circostante. Si pensi anche agli effetti indiretti che la realizzazione di una grande infrastruttura di trasporto tende a determinare sul com-

plessivo sistema economico di una regione, o di un Paese, ed il cui raggiungimento può risultare pregiudicato da un sotto-utilizzo dell'infrastruttura stessa.

È vero che, sovente, si tratta di elementi difficilmente suscettibili di valutazione «giuridica», essendo assai più strettamente attinenti alla «politica» dei trasporti e della mobilità di un Paese. E nondimeno, non può sfuggire che l'applicazione «meccanicistica» da parte della Commissione di test quali quello di proporzionalità, rispetto alla valutazione di (astratte) restrizioni alla libera prestazione dei servizi disposte dagli Stati membri nella ripartizione dei traffici aerei tra diverse infrastrutture aeroportuali, può condurre a soluzioni insoddisfacenti, e spesso di ostacolo alla legittima aspirazione (e potere) degli Stati membri di organizzare la propria rete logistica secondo schemi e disegni non sempre suscettibili di essere ricondotti all'interno di formule giuridiche (quali appunto la «proporzionalità»), i cui parametri di riferimento risultano spesso di difficile comprensione, e di problematico utilizzo: sembra infatti difficile stabilire il rapporto di proporzionalità tra l'interesse di uno Stato membro a promuovere l'utilizzo di importanti infrastrutture e i disagi che, magari solo nel breve periodo, possono subire gli utenti di un aeroporto. Tanto che, a ben vedere, simili test risultano affatto diversi da quelli operati dalla Corte di Giustizia quante volte essa ha utilizzato il principio di proporzionalità al fine di garantire l'effetto utile del diritto comunitario.

D'altronde, è certamente innegabile che, nella fase di liberalizzazione dei mercati nazionali, sono le imprese storicamente presenti sul mercato quelle avvantaggiate rispetto agli aspiranti nuovi entranti. Ed è altrettanto innegabile che, per una contingenza storica, tali imprese coincidono spesso con le compagnie «di bandiera». Ciò premesso, non sembra corretto precludere *per sé* agli Stati membri l'esercizio di poteri pur chiaramente previsti a loro favore dalle stesse norme comunitarie sol per il fatto che, per i motivi storici di cui sopra, tale esercizio può, di fatto, risolversi in un beneficio per le compagnie nazionali. E ciò tanto meno ove si abbia riguardo al fatto che, specularmente, «compagnie nazionali» di altri Stati membri possono trarre vantaggi (o perpetuare situazioni di

vantaggio competitivo non necessariamente acquisito sui meriti, ma magari a motivo dell'esistenza di infrastrutture e della conquista di quote di mercato determinate dal diverso livello di sviluppo infrastrutturale delle varie aree della Comunità) da atti della Commissione volti ad impedire agli Stati membri l'esercizio del potere loro conferito dall'art. 8 del Regolamento n. 2408/92. Con ciò, magari, prorogando nel tempo situazioni di disparità tra diverse regioni della Comunità, sicuramente incompatibili coi fini ultimi dell'integrazione comunitaria, soprattutto a seguito delle modifiche dei trattati europei fatte a Maastricht e ad Amsterdam.

In questo contesto, non sembra casuale che l'art. 8 del Regolamento n. 2408/92 individui il limite nell'azione degli Stati membri nella *discriminazione* tra vettori, secondo cioè un criterio che, tra l'altro evocando un'interpretazione «antica» del test di legittimità applicato alle restrizioni poste dagli Stati membri alla libera prestazione dei servizi, risulta di più sicura applicazione nell'individuare le rispettive sfere di competenza tra Commissione e Stati membri; per contro, l'impiego del criterio di proporzionalità, quanto meno in alcune letture del medesimo che si ritrovano nelle decisioni della Commissione qui in rilievo, nelle quali cioè esso appare in effetti svincolato dall'esistenza di discriminazioni, rischia di innescare derive senza fine nel potere di intervento della Commissione, che evocano la notte hegeliana nella quale, com'è noto, ... tutte le vacche sono nere, e qualunque intervento statale in tema di allocazione ed utilizzo di infrastrutture aeroportuali finisce per essere astrattamente censurabile.

Le perplessità appena ricordate si accentuano avuto riguardo alla circostanza che la giurisprudenza della Commissione, nei casi specifici appena ricordati, si accompagna alla contestuale produzione di documenti invece di tipo sicuramente «politico» e programmatico³¹, nei quali, con una criticabile fiducia nei miracoli dell'approccio economico a qualsiasi problema di realizzazione e gestione di opere ed infrastrutture «pubbliche», il modello di svi-

³¹ Il riferimento è al Libro Bianco «Una giusta tariffazione per l'impiego delle infrastrutture: un approccio a tappe in vista di un quadro per la tariffazione per le infrastrutture di trasporto nell'U.E.» (doc. COM(1998)466 def. del 22.07.1998).

luppo delle infrastrutture di trasporto europee tracciato dalla Commissione risulta in effetti rivolto a saturare l'impiego dell'esistente, e a sindacare criticamente la creazione di nuove infrastrutture, per lo meno fino a quando quelle già esistenti non siano, appunto, saturate. Il che, superfluo aggiungere, se appare astrattamente comprensibile, ed «efficiente» da un punto di vista microeconomico, determina evidenti svantaggi per quelle parti del territorio comunitario tuttora sprovviste e/o in ritardo nella realizzazione di adeguate infrastrutture, essendo peraltro proprio le infrastrutture, è bene ricordarlo, un fondamentale fattore di competitività di un'area geografica dal punto di vista dell'*appeal* che essa può esercitare per attrarre nuovi investimenti, nuova ricchezza, e conseguenti benefici per la collettività in tale area collocata.

5. Le restrizioni alla libera prestazione dei servizi determinate dalla carenza di *slot* aeroportuali.

L'accesso alle infrastrutture aeroportuali in un regime di trasporti liberalizzati è tuttavia condizionato dall'esistenza di sufficienti bande orarie. Segnatamente, soprattutto in un sistema di traffici aerei pesantemente congestionato, è essenziale poter disporre di *slot* per il decollo/l'arrivo degli aeromobili negli scali aeroportuali interessati.

Rispetto a tale fenomeno, si è già ricordata l'esistenza di una specifica normativa, il Regolamento n. 95/93, che introduce norme e procedure comuni per l'assegnazione di bande orarie negli aeroporti della Comunità³². Il Regolamento non risulta abbia dato adito a problemi di carattere applicativo a livello comunitario, laddove su scala nazionale alcuni precedenti appaiono degni di nota. Ciò vale innanzitutto con riferimento all'esigenza che il soggetto che «assegna» gli *slot* alle compagnie interessate sia terzo rispetto ad esse,

³² In merito, v. anche GRIGOLI, *Il diritto della navigazione fra codificazione e decodificazione*, tomo II, Napoli, 1994, p. 118 ss.; GIRARDI-COLETTA, *La nuova disciplina dell'assegnazione delle bande orarie negli aeroporti comunitari*, in *Dir. trasp.*, 1993, p. 705 ss.

e/o sia comunque imparziale. Al riguardo, così, la nostra Autorità Garante della concorrenza e del mercato ha ad esempio censurato come abuso di posizione dominante detenuta sul mercato la condotta di Alitalia, nella sua qualità di «coordinatore» degli *slot* in vari aeroporti italiani, la quale aveva ripetutamente favorito Alitalia come vettore nell'assegnazione di bande orarie³³. Come si evince da quanto precede, in questo caso è nettissima la sovrapposizione tra libera prestazione dei servizi di trasporto e tutela della concorrenza.

Ed in effetti, si conferma che l'attuazione della liberalizzazione del settore aereo necessariamente richiede il rispetto di particolari regole non solo da parte degli Stati, ma anche da parte delle imprese, essendo peraltro in quest'ultimo caso le norme antitrust quelle che effettivamente presiedono al corretto sviluppo dei processi competitivi nei mercati liberalizzati.

Così, sempre con riferimento alla problematica degli *slot*, la prassi individua ulteriori casi degni di rilievo. Com'è noto, soprattutto in presenza di aeroporti congestionati, come quelli europei (specie quelli a maggior traffico, e quindi quelli in cui nuovi vettori hanno il maggior interesse ad entrare sul mercato) le compagnie aeree già presenti sui traffici, spesso coincidenti con quelle tradizionalmente affidatarie del servizio nell'(ex) mercato regolato, si trovano in una posizione di vantaggio rispetto ai nuovi entranti: infatti, mediante la stipulazione di accordi di lunga durata con le società aeroportuali (le quali, molto spesso, appartengono e/o fanno capo allo stesso gruppo cui fa capo il vettore di bandiera), i vettori già presenti sul traffico possono riservarsi per lungo tempo l'utilizzo esclusivo di terminal e le relative bande orarie di atterraggio/decollo, o quanto meno quelle relative alle ore di punta, quelle normalmente più importanti per l'organizzazione di un nuovo servizio di linea.

Tale occupazione delle infrastrutture ostacola l'accesso a un traffico aereo da parte di vettori interessati a servirlo ma non ancora presenti, ed è idonea a frustrare le stesse norme che hanno previsto la liberalizzazione dei traffici aerei, e cioè l'ingresso di nuovi sog-

³³ Cfr. la decisione *Associazione consumatori utenti-Alitalia*, in *Boll. A.G.* n. 45/1996.

getti sui mercati precedentemente gestiti su base monopolistica o duopolistica.

Ove tuttavia siffatti accordi di «blocco» degli *slot* vengano posti in essere da compagnie aeree in posizione dominante, scatta la protezione della normativa antitrust. Nella decisione *Assoutenti/Alitalia*, resa ancora dall'Autorità Garante, sono stati in particolare considerati abusivi, e sanzionati ex art. 3 della L. n. 287/90, i comportamenti di Alitalia, la quale, mediante contratti di durata con le società esercenti gli scali di Linate e Roma Fiumicino, si era riservata sul traffico Roma-Milano gran parte degli *slot* nelle ore di punta, impedendo così l'ingresso sul mercato di un concorrente, salvo poi cancellare frequentemente i voli nel caso di insufficiente domanda, e trasferire «d'ufficio» i passeggeri da un volo a quello successivo³⁴.

Ma al di là di tali condotte, evidentemente incompatibili con le regole antitrust, anche la normativa comunitaria di cui al citato Regolamento n. 95/93 prevede norme che, in un contesto «fisiologico», servono a perseguire il medesimo fine della «contendibilità» degli *slot* aeroportuali, e che avendo oltretutto una portata generale, riescono ad imporre modelli «virtuosi» di comportamento a tutte le imprese: così, onde evitare che i vettori richiedano bande orarie in eccesso rispetto all'offerta di servizio da essi effettivamente prestata, si prevede che tutte le bande orarie (a) non utilizzate, (b) restituite al soggetto competente a coordinare le assegnazioni degli *slot* o comunque (c) perdute per mancato utilizzo, vengano messe in un *pool* di bande orarie, a disposizione per il 50% ai vettori nuovi entranti. A tali regole si aggiunge poi un principio generale, ed essenziale, nell'allocazione degli *slot*, a norma del quale tutti i (coordinatori dei) Paesi membri sono obbligati ad assicurare la parità di trattamento tra i vettori comunitari aspiranti assegnatari di bande orarie, e sono per ciò soggetti anche al controllo della Commissione che, anche alla luce dei precedenti citati sopra, è da escludere sia men che rigoroso.

³⁴ Decisione *Assoutenti/Alitalia*, in *Boll. A.G.* n. 30-31/1994, p. 7.

6. Il problema dell'accesso alle informazioni nel mercato liberalizzato: i sistemi telematici di prenotazione (CRS) per i servizi di trasporto aereo.

Come più volte osservato, la semplice «liberalizzazione» dei traffici aerei realizzata attraverso la rimozione degli ostacoli normativi all'accesso ai mercati non è, da sola, sufficiente a garantire l'effettivo godimento della libera prestazione dei servizi. È infatti necessario accompagnare a tale processo tutta una serie di ulteriori provvedimenti volti in particolare a rimuovere i «colli di bottiglia» di carattere spesso meramente pratico – o quanto meno *concreto* – che ostacolano l'effettivo aumento dell'offerta di servizi sul mercato e lo sviluppo di una concorrenza efficace tra vettori aerei.

In questo contesto, un profilo tutto sommato analogo a quella degli *slot* è costituito dai sistemi telematici di prenotazione dei voli (o *computerised reservations systems*-CRS), e cioè sull'accesso da parte dell'utente alle informazioni sulle opportunità presenti sul mercato, elemento chiaramente essenziale in un contesto liberalizzato onde consentire il dispiegarsi della competizione tra imprese.

Le predette informazioni vengono normalmente offerte/acquisite all'atto della prenotazione, e comunque della richiesta ad essa relativa o funzionale, che hanno luogo mediante l'utilizzo appunto dei sistemi telematici di prenotazione per i servizi di trasporto aereo, e cioè i suddetti CRS. Questi funzionano attraverso un *network* informatico cui le biglietterie e gli agenti di viaggio hanno accesso, e sono solitamente di proprietà di una o più compagnie aeree, le quali, pertanto, possono in effetti disporre le informazioni da rivelarsi agli utenti nella maniera loro più conveniente, e sono quindi in grado di alterare la concorrenza. Avuto riguardo al fatto che, al momento della deregolamentazione del mercato, il CRS utilizzato sui traffici facenti capo a ciascun sistema regolamentato (e cioè, nel caso di specie, su ciascuno Stato membro) è quello della compagnia di bandiera e comunque del vettore designato dal regolatore a gestire il traffico, è chiaro che quest'ultimo possa configurare il (proprio) CRS in modo da rendere inaccessibili (o più difficilmente acquisibili) agli utenti siti nel proprio tradizionale mercato le in-

formazioni relative ai servizi offerti dagli eventuali concorrenti, compromettendo così le capacità competitive di questi ultimi e la stessa riuscita del loro ingresso sul mercato.

Ai fini di una corretta informativa dell'utente, e della stessa possibilità di garantire una concorrenza su basi paritetiche tra i vettori aerei, risulta, quindi, essenziale (a) assicurare il massimo flusso di informazioni su ciascun CRS, soprattutto rispetto ai servizi offerti da imprese di trasporto non titolari del CRS, ovvero titolari di CRS concorrenti con quello utilizzato su ciascun traffico rilevante, (b) consentire lo scambio di informazioni tra le compagnie aeree funzionale alla configurazione di CRS idonei a fornire all'utente un'adeguata conoscenza del mercato, senza peraltro consentire che, attraverso tale scambio di informazioni, i vettori aerei siano facilitati nell'adozione di pratiche collusive ovvero mirate ad una ripartizione dei traffici, ovviamente incompatibili con le regole antitrust, nonché (c) mantenere una concorrenza tra diversi CRS al fine di incentivare i loro proprietari a migliorarne l'efficienza e la competitività, a vantaggio naturalmente degli utenti.

Anche su questo fronte, non mancano interessanti casi applicativi, ancora una volta basati sulle norme antitrust. Segnatamente, nel caso *London European-SABENA*³⁵, è stato ritenuto incompatibile con l'art. 82 (ex 86) del Trattato, in quanto sfruttamento abusivo di posizione dominante, il rifiuto di SABENA di inserire nel CRS da essa gestito (e diffuso sulla rete di agenzie in Belgio) i dati relativi al concorrente London European, rifiuto deciso in risposta all'offerta da parte di quest'ultimo di tariffe particolarmente competitive sul mercato ed alla risoluzione del contratto per servizi di assistenza a terra in precedenza stipulato da London European con SABENA³⁶.

³⁵ In *G.U.C.E.* n. L 317/1988, p. 47.

³⁶ Ulteriori ipotesi applicative, che non hanno tuttavia dato luogo a decisioni formali da parte della Commissione, sono rinvenibili nella *XXI Relazione sulla concorrenza* (1991), par. 93 (caso *Amadeus/SABRE*), e nella *XXIII Relazione sulla concorrenza* (1993), par. 239 (caso *SABRE/Air France e Iberia*). In merito, v. anche gli avvisi della Commissione sui casi *Global Logistics Systems* (in *G.U.C.E.* n. C 76/1993, p. 5), nonché *Gaileo e Covia* (*ibidem* n. C 107/1993, p. 4).

Anche qui, peraltro, è chiaro che un approccio «caso per caso» alla problematica rischia di produrre scarsi effetti sull'effettiva necessità di diffondere in modo adeguato, e rispettoso della parità di trattamento di tutti i vettori comunitari, le rilevanti informazioni sui servizi da essi offerti nel mercato.

Nessuno stupore, quindi, se anche questo aspetto sia stato oggetto di specifiche norme comunitarie di secondo grado. Tra esse, assume particolare rilievo il codice di comportamento in materia di CRS, emanato già con Regolamento n. 2299/89 e profondamente modificato con Regolamento n. 3089/93³⁷, nonché, complementare a tale codice di comportamento, l'importante Regolamento n. 3652/93, istitutivo di una esenzione di gruppo ai sensi dell'art. 81.3 (ex 85.3) relativamente alle intese tra vettori aerei funzionali alla concertazione da esse svolta per la gestione delle informazioni allocate sui rispettivi CRS³⁸.

7. L'applicazione di diritti e tasse aeroportuali discriminatorie.

Nel contesto della liberalizzazione dei traffici aerei la rimozione degli ostacoli alla prestazione dei servizi di trasporto aereo passa anche attraverso la verifica dei costi operativi che le compagnie aeree, in un contesto di mercato aperto, subiscono per lo svolgimento della loro attività. Superfluo precisare che, ove tali costi siano difformi, diverse diventano altresì le condizioni competitive tra gli operatori. Quando queste difformità sono ingiustificate, l'alterazione delle condizioni competitive, e quindi della stessa capacità di operare in condizioni di parità, costituisce senz'altro un ostacolo alla compiuta fruizione della libera prestazione dei servizi. E se quanto sopra è la conseguenza di provvedimenti degli Stati membri, adottati magari in chiave di protezione delle compagnie nazionali rispetto agli altri vettori comunitari, allora si pongono le

³⁷ Rispettivamente in *G.U.C.E.* n. L 220/1989, p. 1 e *ibidem* n. L 278/1993, p. 1.

³⁸ In *G.U.C.E.* n. L 333/1993, p. 37. I limiti del presente lavoro sconsigliano di approfondire la disamina delle normative appena ricordate, peraltro già svolta in altra sede. Sia allora consentito il rinvio a MUNARI, *op.cit.*, p. 194 ss.

condizioni per l'intervento delle autorità comunitarie.

Le considerazioni che precedono trovano particolare applicazione alla problematica concernente la regolamentazione delle tasse e dei diritti aeroportuali negli Stati membri: ripetutamente, infatti, la Commissione ha censurato provvedimenti degli Stati membri che istituivano tasse e/o diritti di scalo non omogenei, ed in realtà rivolti a favorire il vettore di bandiera.

Ad esempio, nel caso *Aeroporto di Zaventem*³⁹, è stata considerata incompatibile con l'art. 86 (ex 90) la struttura dei diritti di atterraggio praticata allo scalo di Bruxelles, e costruita in particolare in modo scalare esclusivamente in funzione della frequenza degli scali dei vettori aerei, da o per qualunque destinazione essi operassero, in quanto premiante la compagnia di bandiera SABENA la quale, avendo Zaventem quale proprio aeroporto principale, era di gran lunga il vettore con maggiori scali in tale aeroporto, e fruiva in tal modo di consistenti sconti rispetto ai concorrenti in partenza o in arrivo da Bruxelles per destinazioni concorrenziali con quelle di SABENA⁴⁰.

Ad identiche conclusioni si è pure giunti nel più recente caso degli *Aeroporti portoghesi*⁴¹, ove la Commissione ha accertato, sempre in applicazione dell'art. 86.3 (ex 90.3), che gli sconti frequenza applicati per le tasse di atterraggio negli aeroporti portoghesi di Lisbona, Faro e Porto in effetti integravano un «trattamento dissimile per prestazioni equivalenti» incompatibile col diritto comunitario, in quanto idoneo, di fatto, a svantaggiare taluni vettori operanti su tali aeroporti (a beneficio della compagnia di bandiera portoghese TAP), senza obiettiva giustificazione.

E nello stesso senso, la fissazione di tasse aeroportuali più basse per i voli nazionali rispetto a quelle dei voli internazionali (comprese le tratte intracomunitarie) da parte delle autorità finlandesi è stata ritenuta incompatibile con la libera prestazione dei servizi⁴².

³⁹ Decisione n. 95/364, in *G.U.C.E.* n. L 216/1995, p. 8.

⁴⁰ Ad analoghe conclusioni è giunta la Commissione nel settore portuale, e con particolare riferimento alle tariffe di pilotaggio del porto di Genova (cfr. la Decisione 97/745, in *G.U.C.E.* n. L 301/1997, p. 27).

⁴¹ Decisione 1999/199, in *G.U.C.E.* n. 69/1999, p. 31.

⁴² Decisione 1999/198, in *G.U.C.E.* n. 69/1999, p. 24.

8. La libera prestazione dei servizi aeroportuali e la problematica dell'accesso alle c.d. infrastrutture essenziali (*essential facilities*).

Più complessi e problematici appaiono invece altri profili sempre riguardanti (gli ostacoli al) la libera prestazione dei servizi nel settore aereo. Ed anche rispetto ad essi, come vedremo, le soluzioni offerte dalla prassi della Commissione appaiono non sempre comprensibili, e soprattutto non così convincenti.

Si è già osservato che la liberalizzazione del trasporto aereo comporta un «effetto a catena» sui servizi contigui, e cioè quelli resi alle linee aeree in occasione del loro scalo in aeroporto (rifornimento carburante, assistenza in pista, gestione bagagli e biglietteria, catering, ecc.). Questi servizi, in realtà, costituiscono una consistente voce di costo nel conto complessivo di un servizio di trasporto aereo. Inoltre, molti di essi, quelli cioè resi «a contatto» coi passeggeri, offrono alla linea aerea un'importante opportunità per distinguere il proprio servizio da quello dei vettori concorrenti, e quindi per acquisire o consolidare clientela, circostanza questa fondamentale in un modello di mercato liberalizzato e concorrenziale.

Tenuto poi conto della circostanza che sia i gestori aeroportuali, sia, comunque, gli erogatori dei servizi aeroportuali (in quanto distinti dai primi), tradizionalmente risultano collegati e/o addirittura appartenenti allo stesso gruppo delle rispettive compagnie di bandiera nazionali, ben si comprende l'esigenza di «aprire» anche questo mercato onde evitare il rischio di distorsioni della concorrenza – e quindi, restrizioni alla libera prestazione di servizi di trasporto aereo – derivanti da possibili «preferenze» attribuite dall'erogatore di servizi aeroportuali alle compagnie ad esso collegate.

La già ricordata Direttiva n. 96/67 ha così introdotto regole generali che impongono la separazione tra attività di gestione aeroportuale ed erogazione di servizi a carattere commerciale in ambito aeroportuale, e ha soprattutto previsto regole e procedure per l'apertura dei mercati relativi a tali servizi all'interno degli aeroporti comunitari, sia per le linee che intendono autoprodurre tali servizi, sia per operatori in conto terzi, ferme talune deroghe e limiti de-

rivanti, ad esempio, dalla carenza di spazi per l'accesso di nuove imprese sul mercato, ovvero dall'insufficienza della domanda di servizio, ovvero da problemi di sicurezza tecnica.

In questa prospettiva – che come si vede non è dissimile da quella esaminata a proposito del potere degli Stati di ripartire il traffico all'interno di un medesimo sistema aeroportuale⁴³ – si pone quindi il problema di delimitare l'ambito delle deroghe e limitazioni che gli Stati membri possono apporre all'accesso al mercato dei servizi aeroportuali.

La recente entrata in vigore della Direttiva n. 96/67 non ha tuttora consentito il formarsi di una significativa casistica applicativa, e tuttavia alcune decisioni vanno ricordate: infatti, sin dai primi casi relativi agli *Aeroporti di Francoforte e Düsseldorf*⁴⁴, la Commissione ha inteso fare applicazione anche nel settore in esame dei «classici» principî di diritto comunitario, secondo cui le limitazioni alla libera prestazione dei servizi, anche se si applicano indistintamente ai prestatori o utenti nazionali e a quelli di altri Stati membri, devono essere comunque giustificate da esigenze imperative di interesse pubblico che non siano di natura economica e devono essere inoltre proporzionate agli obiettivi perseguiti⁴⁵. In forza di tali principî, è stato così escluso il diritto dello Stato membro (*rectius*, dell'autorità competente alla gestione di un aeroporto) di ottenere deroghe all'apertura del mercato ai terzi o agli autoprestatori non limitate nel tempo; inoltre, in coerenza con le stesse disposizioni della Direttiva, si è precisato che la richiesta di deroga, motivata dall'esistenza di uno o più degli ostacoli all'apertura del mercato previsti dalla Direttiva, deve essere comunque accompagnata da un programma contestuale di rimozione dei suddetti ostacoli. E sotto questo profilo, si è escluso che l'accesso al mercato di nuovi entranti in un aeroporto possa essere semplicemente condizionato all'aumento della capacità dello stesso, dunque alla realizzazione di

⁴³ V. sopra, par. 7.

⁴⁴ Decisioni n. 98/387 e 98/388, in *G.U.C.E.* n. L 13/1998, p. 32 e 45.

⁴⁵ Per tutti, le sentenze 25 luglio 1991, n. C-288/89, *Mediawet*, in *Raccolta*, 1991, p. I-4007 e C-76/90, *Säger c. Dennemeyer*, *ibidem* p. I-4221.

lavori di ampliamento dello scalo⁴⁶. Nello stesso tempo, si è più volte insistito sulla circostanza che le deroghe alle aperture del mercato sono suscettibili di valutazione positiva solo se lo Stato membro abbia provato l'impossibilità di porre in essere le iniziative rilevanti volte in qualche modo ad ampliare la capacità⁴⁷.

Le decisioni applicative della Direttiva n. 96/67 appaiono molto tecniche: ciascuna di esse è stata infatti adottata dopo il vaglio di numerose perizie e relazioni di esperti a vario titolo chiamati ad intervenire nella procedura, nella probabile consapevolezza delle difficoltà che, sul piano giuridico, sorgono nel «dare corpo» a principi molto generali, quali quello di proporzionalità, necessità, o ragionevolezza, a tacere dell'altro principio assai noto nel diritto comunitario, quello secondo cui qualsiasi eccezione posta dagli Stati membri al godimento delle libertà garantite dal Trattato «deve essere interpretata restrittivamente e la portata di una deroga deve essere determinata tenendo conto delle finalità della misura in questione»⁴⁸.

Ed è anche vero che, quanto meno nelle decisioni qui ricordate, alla fine le censure della Commissione risultano comunque blande, e i «correttivi» imposti agli Stati membri non particolarmente severi. D'altro canto, non può sfuggire che, ancora una volta,

⁴⁶ Così, nella citata Decisione *Aeroporto di Francoforte*, la Commissione ha precisato che «Anche se la decisione di aumentare la capacità non può essere considerata una decisione limitata esclusivamente agli interessi economici dell'aeroporto, ma che riveste un'importanza economica più vasta, è evidente che la direttiva deve essere applicata dagli aeroporti e che soltanto l'impossibilità di un'apertura del mercato può determinare la concessione di una deroga. In tal caso, il carattere temporaneo della deroga giustificerebbe di per sé, una simile necessità. Ammettere il contrario corrisponderebbe a riconoscere all'aeroporto il diritto di definire esso stesso, e per tutto il tempo che ritiene utile, obiettivi che considera prioritari rispetto all'applicazione della legislazione. L'argomentazione delle autorità tedesche potrebbe inoltre essere sostenuta da qualsiasi aeroporto, anche se forse in misura diversa, poiché ogni spazio supplementare destinato ad operazioni di assistenza a terra deve essere dedotto dallo spazio che potrebbe essere assegnato ad altri scopi. Il problema posto dalla direttiva è un altro: si tratta di sapere se problemi di spazio o di capacità «esistono» a norma dell'articolo 9, paragrafo 4, della direttiva e rendono impossibile l'apertura del mercato, e non se esistono aspettative o decisioni di sviluppo della capacità per motivi economici. Le autorità tedesche non hanno fornito la prova della suddetta impossibilità».

⁴⁷ Cfr. la citata Decisione *Aeroporto di Düsseldorf*, cui *adde* più recentemente la Decisione 98/632, *Aeroporto di Amburgo*, in *G.U.C.E.* n. L 300/1998, p. 41.

⁴⁸ Per tutte, la sentenza 25 giugno 1992, n. C-116/91, *British Gas*, in *Raccolta* 1992, p. I-4071.

l'esclusivo ricorso ai principi generali del diritto comunitario nella valutazione delle restrizioni alla liberalizzazione dei servizi aeroportuali poste dagli Stati membri in coerenza con le norme comunitarie che tale potere prevedono, rischia di determinare risultati insoddisfacenti.

Infatti, un controllo «di merito» della Commissione basato sull'applicazione di tali principi, grazie al quale la Commissione sindacava le misure adottate dagli Stati membri per il razionale utilizzo degli spazi aeroportuali, risulta davvero penetrante, ed in effetti finisce per essere «sostitutivo» di valutazioni pur sempre altamente tecniche e discrezionali operate dai competenti soggetti degli Stati membri, privando in realtà questi ultimi delle competenze che, almeno in linea di principio, sono loro attribuite dallo stesso diritto comunitario derivato. Quanto meno per l'ottica del giurista abituato ad un limitato controllo «giurisdizionale» di provvedimenti pubblici di natura tecnica, questa prassi della Commissione non può non risultare singolare.

E ciò anche senza entrare nel merito dell'opportunità o meno di una così penetrante ingerenza della Commissione nell'esame di tali profili, sia pur in un'ottica volta a garantire il ben noto «effetto utile» del diritto comunitario.

Tanto più che tale prassi sembra poco in sintonia con la più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia relativamente alla norma del Trattato più rilevante ai fini che qui interessano, e cioè l'art. 86.2 (ex 90.2), la quale sembra invece porsi in modo più «rilassato» sul livello di controllo delle deroghe normativamente disposte dagli Stati membri rispetto all'applicazione delle regole di concorrenza: ad esempio, ed in modo «asintono» rispetto alle conclusioni cui sembrerebbe giungere la Commissione nelle decisioni poc'anzi accennate, si è recentemente chiarito che ai fini della disapplicazione delle regole di concorrenza da parte dello Stato membro relativamente ad un determinato mercato e/o impresa detentrici di diritti speciali o esclusivi, non è richiesta *«la dimostrazione, in positivo, che nessun altro provvedimento immaginabile, per definizione ipotetico, potrebbe garantire l'assolvimento di tali*

funzioni»⁴⁹.

Viceversa, la prassi appena esaminata disvela come, nella sostanza, il potere degli Stati membri di derogare ai principî di libero accesso ai servizi aeroportuali, sia pur entro limiti normativamente disposti, finisce per essere quello di *proporre* l'introduzione di deroghe alla Commissione, la quale resta comunque ... arbitro unico e, si direbbe, insindacabile sulla loro compatibilità con le disposizioni della Direttiva n. 96/67.

Il che, considerata anche una visione più complessiva nei rapporti tra Stati membri e autorità comunitarie (*in primis*, la Commissione), meriterebbe forse un maggiore approfondimento critico, di cui in questa sede non si può che segnalare semplicemente la necessità.

9. *Segue: il diniego di accesso alle essential facilities come sfruttamento abusivo di una posizione dominante.*

Ancor meno convincenti appaiono altre recenti prese di posizione della Commissione mirate a consentire l'accesso al mercato dei servizi aeroportuali all'interno di un aeroporto, questa volta applicando le norme antitrust nei confronti dell'(unica) impresa presente sul mercato, in quanto coincidente anche con la società proprietaria e gestore dell'aeroporto.

Segnatamente, nel caso *FAG-Flughafen Frankfurt/Main AG*⁵⁰, è stato considerato sfruttamento abusivo di posizione dominante il rifiuto di FAG di consentire l'accesso a determinati servizi di assistenza alla rampa (in pista) a potenziali imprese concorrenti. Tale rifiuto, opposto da FAG agli aspiranti concorrenti nella qualità di gestore dell'aeroporto, ha comportato che la FAG (quale erogatore dei servizi di cui trattasi) «ha monopolizzato il mercato della prestazione dei servizi di assistenza alla rampa. Decidendo di riservarsi il mercato di tali servizi all'aeroporto di Francoforte, la

⁴⁹ Sentenza 23 ottobre 1997, n. C-158/94, *Commissione c. Italia (ENEL)*, in *Raccolta* 1997, p. I-5789.

⁵⁰ Decisione n. 98/190, in *G.U.C.E.* n. L 72/1998, p. 30.

FAG ha esteso la posizione dominante detenuta sul mercato della fornitura di infrastrutture aeroportuali di atterraggio e di decollo al mercato contiguo ma separato dei servizi di assistenza sulla rampa. La FAG si è inoltre avvalsa del potere che le deriva dalla sua qualità di fornitore esclusivo delle strutture aeroportuali per negare alle compagnie aeree il diritto all'autoassistenza. La FAG ha pertanto obbligato gli utenti delle sue strutture aeroportuali ad acquistare dalla FAG stessa anche i servizi di assistenza sulla rampa di cui necessitano».

In effetti, la FAG aveva addotto talune motivazioni (*massime*, la congestione dell'aeroporto) per giustificare il proprio diniego di accesso alla c.d. infrastruttura essenziale rappresentata dallo scalo aeroportuale di Francoforte. Tali motivazioni sono state peraltro respinte dalla Commissione, la quale è giunta ad affermare che, nella fattispecie, la posizione dominante detenuta da FAG le imponeva invece di adottare comportamenti positivi, e perfino considerevoli investimenti⁵¹, onde permettere l'accesso dei terzi al mercato.

Avuto riguardo a quanto sopra, la Commissione ha quindi ordinato a FAG la cessazione del comportamento abusivo, e quindi l'adozione di *«un piano dettagliato di riorganizzazione del mercato della prestazione di servizi di assistenza sulla rampa ...al fine di aprire il mercato di tali servizi ai vettori e prestatori indipendenti»*. Il provvedimento della Commissione non risulta impugnato (in effetti, esso è intervenuto nelle more dell'attuazione della Direttiva n. 96/67) e costituisce quindi un precedente definitivo, di cui naturalmente si dovrà tener conto nella specifica materia antitrust.

Invero, il tema dell'accesso alle c.d. *essential facilities* ha assunto negli ultimi tempi una certa popolarità nel dibattito relativo all'applicazione delle norme antitrust, soprattutto nei mercati regolamentati e/o in via di liberalizzazione⁵².

⁵¹ Nella decisione si parla di investimenti tra 35 e 70 milioni di marchi (!!!), che avrebbero permesso il riassetto dell'infrastruttura, e che FAG non aveva realizzato per ovvi motivi di carattere economico.

⁵² Per un'ottima rassegna delle problematiche, ed anche per numerosi riferimenti, v. per tutti BASTIANON, *A proposito della dottrina delle essential facilities. Tutela della concorrenza o tutela dell'iniziativa economica?*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 1999, p. 149.

Il diniego di accesso ad infrastrutture essenziali, si badi, non si configura come un rifiuto di contrarre «tipico» del diritto antitrust, in cui l'impresa in posizione dominante «boicotta» in tal modo un proprio cliente⁵³, od un proprio concorrente, che necessita di determinate forniture dall'impresa in posizione dominante per commercializzare prodotti in competizione con quelli offerti sul mercato da quest'ultima⁵⁴. La teoria implica invece l'obbligo dell'impresa in posizione dominante di mettere a disposizione dei propri (aspiranti) concorrenti infrastrutture realizzate (e pagate) dalla prima, che debbono quindi essere quanto meno condivise con i secondi, se non, come nel caso FAG, date ad essi con rinuncia del primo al loro, almeno parziale, utilizzo. A tale accesso la teoria associa normalmente anche il pagamento di un canone di utilizzo a favore dell'impresa dominante, la cui determinazione, peraltro, e com'è stato correttamente messo in luce dai più autorevoli studiosi⁵⁵, si rivela un compito quanto meno arduo.

Questa specifica fattispecie del diritto antitrust ha trovato interessanti – e invero utili – applicazioni in taluni settori economici ove siano presenti elevate barriere all'entrata sul mercato, in particolare quello delle telecomunicazioni, e in cui si è stabilito che il gestore dominante del servizio debba consentire l'interconnessione alla propria rete a favore di nuovi entranti sul mercato, onde permettere loro di acquisire quote di mercato senza dover prima affrontare i costi proibitivi per la realizzazione di una rete a copertura globale. Altre volte, l'accesso è stato imposto quando era palese l'intento dell'impresa dominante di escludere il concorrente dal mercato, ed altrettanto evidente era l'assenza di giustificazioni obiettive alla base del rifiuto, ovvero l'assenza di un «costo» per

⁵³ Come nel celeberrimo caso 14 febbraio 1978, n. 27/76, *United Brands (Chiquita)*, in *Raccolta*, 1978, p. 207.

⁵⁴ V. la sentenza 14 luglio 1972, n. 48/69, *Imperial Chemical Industries*, in *Raccolta* 1972, 619.

⁵⁵ V. il lavoro di BAUMOL, ORDOVER, WILLIG, *Parity Pricing and its Critics: A Necessary Condition for Efficiency in the Provision of Bottleneck Services to Competitors*, in 14 *Yale J. Reg.* 1997, p. 145, e, per un ulteriore *restatement* in lingua italiana, BAUMOL, *A ciascuno il tuo: concorrenza e servizio universale*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 1999, p. 65.

l'impresa nel dare accesso al concorrente⁵⁶.

Il che, tuttavia, non significa affatto poter applicare indiscriminatamente tale fattispecie ogni volta che sia necessario «aprire» un mercato alla competizione, specie quando non risulta la commissione di abusi da parte dell'impresa dominante; ovvero gli eventuali abusi possono essere sanzionati altrimenti. Infatti, l'accesso alle *essential facilities* implica una pesante ingerenza nell'impresa dominante, nel suo patrimonio e nei suoi investimenti, e rischia di risultare controproducente sia perché può indurre comportamenti «parassitari» da parte di soggetti che attendono che altri sviluppino un mercato, o un'idea, per poi appropriarsene, ovvero costringere questi ultimi a dividerne i benefici, sia perché, di converso, può disincentivare l'iniziativa economica, e lo stesso successo imprenditoriale: per fare un'ipotesi, l'esigenza di sviluppare la concorrenza su un mercato non comporta che, ad esempio, il detentore di un marchio famoso o di un brevetto sia obbligato a darlo in licenza a terzi, per consentire loro di produrre manufatti concorrenziali. E a non diverse conclusioni dovrebbe giungersi, molto spesso, con riferimento ad ipotesi in cui si ritiene abusivo un eventuale rifiuto di accesso ad infrastrutture essenziali.

Tanto che, saggiamente, la Corte di Giustizia si è recentemente pronunciata in senso assai cauto (se non negativo), sull'esistenza di un «diritto di cittadinanza» della teoria in esame all'interno dell'art. 82 (ex 86): al riguardo, si è quindi affermato, da un lato, che il rifiuto di accesso non è abusivo se esso appare economicamente giustificabile; dall'altro, che non sono da considerarsi *essential facilities* infrastrutture non indispensabili per l'esercizio di un'attività; è invece necessario provare che non esista alcuna soluzione alternativa alla suddetta infrastruttura che possa realmente o potenzialmente sostituirsi ad essa, e che esistano ostacoli di natura tecnica, normativa od anche economica capaci di rendere impossibile o straordinariamente difficile per l'impresa concorrente (da sola o in collaborazione con altri) l'individuazione di tale alternativa, essendo cioè al riguardo insufficiente dimostrare la semplice non redditività eco-

⁵⁶ Cfr. le decisioni della Commissione *Sea Containers/Stena Sealink*, in *GUCE* n. L 15/1994, p. 8, *Porto di Rødby*, *ibidem*, n. L 55/1994, p. 52.

nomica, per il concorrente, della predetta alternativa⁵⁷.

Nel caso FAG, invece, manca un abuso denunciato dagli utenti dell'aeroporto, il quale anzi viene riconosciuto come uno dei più efficienti in Europa; inoltre, neppure viene disconosciuto che FAG utilizzi in effetti pienamente le strutture aeroportuali disponibili, confermandosi cioè l'argomento addotto da FAG alla base della propria decisione di non consentire l'ingresso dei terzi, e cioè la congestione dello scalo, e i conseguenti problemi anche di sicurezza che potrebbero derivare dall'accesso di terzi sul mercato. E nondimeno, il semplice «monopolio» viene considerato incompatibile con l'art. 82 (ex 86), ad onta della lettera della disposizione, a norma della quale è l'*abuso* di posizione dominante, e *non* la posizione dominante, ad essere illegittimo. Il tutto in una situazione in cui, tra l'altro, l'impresa dominante non aveva posto in essere alcuna pratica volta alla «monopolizzazione» del mercato, essendo invece storicamente l'unico gestore dell'aeroporto.

In tal senso, semmai il problema era quello di verificare la compatibilità col diritto antitrust dei provvedimenti statali che avevano attribuito «diritti speciali od esclusivi» a FAG, quindi all'interno dell'art. 86 (ex 90), e non invece 82 (ex 86), nel solco cioè di una lettura dell'art. 86 (ex 90) fatta alla luce delle più recenti sentenze della Corte di Giustizia, secondo cui, salve le ipotesi di cui all'art. 86.2 (ex 90.2), il semplice conferimento di monopoli da parte degli Stati membri appare, *per sé*, in contrasto col Trattato⁵⁸. Ma è possibile che la coeva adozione della Direttiva 96/67, in effetti, abbia impedito una chiara disamina del contesto giuridico effet-

⁵⁷ Cfr. la sentenza 26 novembre 1998, n. C-7/97, *Bronner*; inedita. La stessa interpretazione restrittiva è stata applicata dal Tribunale di primo grado rispetto ad un rifiuto (a metà strada con la fattispecie inerente al rifiuto di contrarre, che vedremo in appresso), di concedere una licenza di diritti di trasmissione televisiva, ritenuto non in contrasto con l'art. 82 (ex 86), in quanto non avente ad oggetto un prodotto o un servizio essenziale, per il quale non esista cioè alcun sostituto reale o potenziale, né idoneo ad impedire l'immissione sul mercato di un prodotto nuovo per il quale esista una domanda specifica e regolare da parte dei consumatori (sentenza 12 giugno 1997, n. T-504/93, *Tiercé Ladbroke*; *ibidem* 1997, p. II-923).

⁵⁸ In merito, sia consentito il rinvio a MUNARI, *La disciplina della concorrenza. Imprese «pubbliche» e servizi di interesse generale*, in Tizzano (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 1999.

tivamente rilevante, e della base giuridica in forza della quale la Commissione avrebbe potuto agire.

In una situazione di questo tipo, e tornando alla decisione *FAG*, finisce per risultare quindi oscura la *ratio* ultima (e le scelte di politica antitrust ad essa sottese) di una decisione che obbliga il monopolista efficiente (e di successo) a spartire con terzi i propri meriti, ovvero a pagare ingenti somme per investimenti volti a garantire a terzi di sfruttare il successo del primo, essendo l'aeroporto di Francoforte, indiscutibilmente, un *hub* di successo.

Resta infatti in ombra l'individuazione dei benefici per il sistema di una tale decisione, che se sono evidentemente immediati (quanto non necessariamente giustificati) per i *newcomers*, non lo sono – o per lo meno, non lo sembrano – dal punto di vista dell'efficienza produttiva, di quella distributiva⁵⁹, a tacere dell'altro grande obiettivo dell'antitrust comunitario, quello cioè dell'integrazione dei mercati nazionali rispetto a comportamenti volti invece a mantenere distinti tali mercati, che nel caso di specie, davvero, neppure viene in rilievo.

Anche sotto questo profilo, quindi, non può non essere criticabile il rischio di un'applicazione delle regole di concorrenza da parte della Commissione in chiave «autoreferente», quanto scollegata dai fini dell'antitrust stesso delle norme antitrust. Ed in quest'ottica, una maggiore attenzione ai «fondamentali» del diritto comunitario della concorrenza parrebbe quindi senz'altro opportuna.

10. Osservazioni conclusive.

L'*excursus* che precede mette in luce come l'attuazione della libera prestazione dei servizi nel settore aereo, in effetti, sia stata – e per molti versi tuttora sia – un percorso lungo e non sempre faci-

⁵⁹ Salvo, appunto, per i concorrenti, il cui livello di *performance* sul mercato rimane, peraltro, totalmente oscuro, laddove è certo che, nella fattispecie (o quanto meno, a quanto risulta dalla Decisione *FAG*, e salve quindi eventuali – ma ignote – ulteriori circostanze di fatto ritenute contrarie ai divieti di cui all'art. 82), il monopolista operasse senza suscitare alcuna lamentela delle linee e soprattutto dei passeggeri dello scalo.

le. Ciò non solo a motivo delle difficoltà tradizionalmente insite nella deregolamentazione dei mercati, ma anche per l'esistenza di competenze concorrenti tra Comunità e Stati membri nel processo di liberalizzazione. In aggiunta, la prassi e la casistica ricordate sopra evidenziano, non di rado, un non comune sentire tra Stati membri e Commissione nelle modalità con cui attuare le stesse norme di secondo grado emanate a livello comunitario. Sotto questo profilo, se può essere compreso il ruolo ed invero lo *Streben* della Commissione come rigoroso assertore delle libertà previste dal Trattato, meno convincente appare il risultato finale cui talora giunge il perseguimento di tale obiettivo: troppo spesso, infatti, esso comporta una compressione (ed invero l'azzeramento) delle competenze degli Stati membri rispetto a problematiche affatto essenziali (e non limitatamente alla politica dei trasporti), quali la gestione, lo sfruttamento e, indirettamente, a monte, la realizzazione delle infrastrutture di trasporto. Con tutta franchezza, non parrebbe che tali siano gli equilibri ed il riparto di competenze previsto dai Trattati, né che soltanto in tal modo il ben noto «effetto utile» delle norme comunitarie possa essere preservato e perseguito, tanto meno in un contesto di significativa espansione del diritto comunitario, nell'ambito del quale, alle tradizionali libertà (e correlative finalità) previste nel Trattato di Roma fin dall'inizio, l'ordinamento risultante dai Trattati di Maastricht e di Amsterdam introduce nuovi spazi di attività e nuovi obiettivi dell'azione europea.

È noto che le libertà economiche – e, tra esse, anche la libera prestazione dei servizi – non si dispiegano in un *vacuum* normativo, ma debbono tener conto di condizionamenti e limitazioni di diverso tipo, posti dal contesto giuridico nelle quali esse trovano applicazione. Ora, la politica e le scelte infrastrutturali compiute dagli Stati membri integrano senz'altro siffatti (legittimi) condizionamenti, la cui esistenza, e la cui capacità di restringere la libertà di accesso ai mercati dei servizi di cui trattasi, sono peraltro previste dalla stessa normativa di secondo grado in precedenza ricordata⁶⁰.

In questo senso, al di fuori dei casi «classici» – ed in effetti semplici – di indiretta quanto evidente discriminazione in base alla

⁶⁰ Per tutti, il Regolamento n. 2408/92 e la Direttiva n. 96/67.

nazionalità⁶¹, ogni intervento della Commissione volto a sindacare la correttezza dei limiti e delle deroghe poste dagli Stati membri rispetto alla piena operatività della libera circolazione dei servizi non dovrebbe essere impostato (come in definitiva pare) nel senso di porre di fronte agli Stati membri l'onere di una *probatio diabolica*, il cui mancato assolvimento si risolve comunque nel prevalere delle scelte di liberalizzazione (*i.e.*, spesso, nel privilegiare interessi commerciali di breve periodo) sulle pur riconosciute «esigenze imperative» degli Stati membri, come l'utilizzo efficiente di costose infrastrutture, la tutela dell'ambiente, la sicurezza, e cioè, altrettanto spesso, sulle stesse scelte di politica infrastrutturale ed industriale di lungo periodo.

Sotto questo profilo, è pur vero che, in un contesto di graduale transito verso l'abbattimento delle barriere nei mercati nazionali, la salvaguardia di tali esigenze imperative e la riduzione all'accesso ai traffici che essa comporta, sovente produce quale conseguenza un rallentamento nell'integrazione dei mercati, ovvero il preservare posizioni di forza da parte delle imprese nazionali, così come ad esempio è emerso nel caso *Malpensa*, e nei precedenti casi relativi agli *Aeroporti di Parigi*, in cui tra le righe la vera *ratio decidendi* della Commissione, ancora una volta, è stata la volontà di non consentire che le limitazioni all'accesso ai mercati finissero per privilegiare il vettore di bandiera.

Nondimeno, quand'anche ciò fosse, lo sforzo che dovrebbe farsi è quello di verificare, al di là del *bias* temporaneo derivante dalla diversa (contingente) presenza delle imprese nazionali o comunitarie sui mercati rilevanti interessati, se effettivamente lo Stato membro sta, di fatto, operando scelte protezionistiche o discriminatorie in base alla nazionalità, utilizzando poteri che gli sono stati conferiti dal diritto comunitario per altre finalità, oppure no. Ed in questo secondo caso, a mio avviso, assai maggiore cautela dovrebbero ispirare le valutazioni assunte al riguardo dalla Commissione.

I delicati profili poc'anzi accennati meriterebbero naturalmente ben maggiore approfondimento, impossibile in questa sede.

⁶¹ In riferimento è ai citati casi delle tariffe e tasse aeroportuali, di cui al precedente paragrafo 7.

Essi, peraltro, non esauriscono interamente il «conflitto» tra Commissione e Stati membri relativamente all'attuale fase della liberalizzazione del trasporto aereo.

Un altro significativo fronte di contrasto è sorto da qualche tempo con riferimento alle relazioni di traffico con Stati terzi: come è noto, e come si è già ricordato⁶², la liberalizzazione del settore aereo è avvenuta limitatamente all'area UE, ad esclusione quindi dei traffici con Stati terzi, tradizionalmente regolati dalla Convenzione di Chicago del 1944.

Peraltro, nell'ottica di liberalizzazione «globale» che ha investito anche i servizi ed i trasporti aerei, il sistema della Convenzione è stato superato da una serie di iniziative bilaterali, poste in essere coi maggiori partner degli Stati membri, volte ad aprire i mercati del traffico aereo, analogamente a quanto è avvenuto in ambito intracomunitario. Tra esse, giova in particolare ricordare gli accordi c.d. «cieli aperti» stipulati da numerosi Stati membri con gli Stati Uniti.

La Commissione ha contestato la competenza degli Stati membri a concludere tali accordi internazionali, ed ha aperto le rilevanti procedure di infrazione contro gli Stati membri interessati, per asserita violazione del Trattato. Assume in particolare la Commissione che l'attribuzione unilaterale di diritti di accesso ai traffici ai vettori statunitensi, cui corrisponde un'analoga esclusiva a favore dei vettori nazionali degli Stati membri, determina serie discriminazioni e distorsioni della concorrenza, capaci di pregiudicare l'efficacia delle norme comunitarie adottate in materia⁶³.

Non è questa la sede per entrare nel merito della complessa controversia, che ha delicati risvolti di carattere politico, anche sul piano dei rapporti tra istituzioni comunitarie e Stati membri, e soprattutto di tipo giuridico: quantunque sia certo l'impatto di simili accordi «*open skies*» sul pieno godimento delle libertà comunitarie da parte dei vettori aerei europei, non sembrerebbe, almeno *prima facie*, così fondata l'asserita incompetenza degli Stati membri in tema di accordi internazionali con Stati terzi relativamente all'accesso

⁶² Cfr. il paragrafo 1, in fondo.

⁶³ Cfr. i comunicati stampa IP/98/231 del 11 marzo 1998 e IP/98/966 del 5 novembre 1998, reperibili anche sul sito internet della Comunità (www.europa.eu.int).

ai rispettivi mercati del trasporto aereo. Non, quanto meno, sulla base della giurisprudenza in tema di competenze esterne della Comunità, e del momento a partire dal quale competenze esclusive in capo alle autorità comunitarie possono considerarsi sorte⁶⁴.

⁶⁴ Tale giurisprudenza, com'è ovvio, in questo contesto non è possibile neppure ricordare. In merito, e per un quadro riassuntivo, v. ancora MUNARI, *op.cit.*, p. 55 ss. Ma v. anche, nella giurisprudenza comunitaria, l'ultimo *restatement* in proposito operato dalla Corte di Giustizia nel Parere 1/94, *Competenza della Comunità a stipulare accordi internazionali in materia di servizi e di tutela della proprietà intellettuale*, in *Raccolta*, 1994, p. I-5267.

LUCIO BIANCO

(c.s.)

Dopo aver ascoltato con estrema attenzione questa brillante relazione, vediamo se alle provocazioni del prof. Munari fa seguito qualche intervento.

DIBATTITO

GABRIELE SILINGARDI

(Ordinario di Diritto dei Trasporti nell'Università di Modena e Reggio Emilia)

Desidero porre una domanda retorica all'amico e collega prof. Munari.

Vorrei che da questa stanza uscissimo tutti, e in particolare i giovani dottorandi di ricerca, con le idee molto chiare, su una problematica particolarmente delicata.

Mi riferisco alla questione se sussista o meno in capo agli Stati il potere di decidere la propria politica in materia di trasporti, soprattutto quando si tratta di recuperare dei *gap* che nascono dall'impostazione (tradizionalmente regolamentare) di determinati Stati, che hanno assoggettato la propria attività economica, in particolare in materia di trasporti, a regole protezionistiche.

Sul punto l'amico Munari ha già risposto, ma vorrei porre una domanda, chiaramente retorica. La Commissione ha aperto un procedimento, su ricorso di vettori comunitari, avverso una situazione di fatto, cioè il decreto Burlando, che determinava il trasferimento a Malpensa di tutti i voli sostanzialmente diversi da quelli Milano-Roma, salvo il 34% dei voli che rimaneva a Linate.

Nel mese di marzo a Miami si è svolta la tradizionale Conferenza di traffico per l'assegnazione degli *slot*: in quella sede l'Assoclearance, chiaramente su indicazione del Governo italiano, ha deciso di non dare *slot* alle compagnie aeree su Linate per la prossima stagione.

Questa situazione di fatto è stata impugnata davanti alla Commissione. Il ricorso delle compagnie aeree sviluppava diciannove diversi argomenti, che la Commissione ha circoscritto a due.

Il primo, a prescindere da profili discriminatori, concerne il problema del *cargo*, delle merci e non tocca altri aspetti. Ci si chiede, al riguardo, se ciò che fa Alitalia a Malpensa non sia la stessa cosa che la British Airways fa a Londra, la Lufthansa a Francoforte.

L'altro profilo, ben più grave, attiene al principio della proporzionalità, la cui violazione consisterebbe, secondo la Commissione, in questo: Malpensa è un *hub*, come tale determina inevitabilmente la compressione del diritto della compagnia aerea di accedere ad un aeroporto anziché ad un altro, per cui, in base al principio della proporzionalità, al vettore aereo British Airways, Air France, Iberia etc., non può essere imposto il divieto di accedere a Linate se non dopo che lo Stato italiano abbia dimostrato che non era possibile adottare misure meno pregiudizievoli per consentire il perseguimento di un pubblico interesse, quale appunto quello legato all'attivazione di un *hub*. Come ha già ricordato il professor Munari, la Commissione ha osservato che sono già stati trasferiti a Malpensa cinque-sei milioni di passeggeri, e quindi non c'è ragione di operare un ulteriore trasferimento di circa tre o quattro milioni di passeggeri, che dal 31 ottobre si trasferirebbero a Malpensa. Sarebbe come se la Commissione dicesse alla Fiat, che produce centomila macchine, che non può produrne di più per non impedire ad altri di accedere al mercato. Questi sono i termini esatti della questione, come si legge non da giornali, ma da documenti ufficiali.

Io chiedo al professore e collega Munari, titolare della Cattedra di Diritto Comunitario, se questo ragionamento è conforme al Trattato. I problemi sono due: se non è conforme, ci sarà pure qualcuno che a un certo punto porterà la Commissione a più mite posizione, altrimenti aspettiamo la nuova Commissione – il cui insediamento avverrà a breve – che forse ragionerà in modo diverso. Può darsi, al contrario, che abbia ragione la Commissione, ma, se ha ragione, che senso ha tenere aperta la sede del Ministero dei Trasporti: decidano pure il Commissario dei trasporti della Comunità Europea o i funzionari.

Ho evitato molte battute polemiche che avrei voluto fare, ma la questione nuda e cruda è questa, e non altra. Vorrei dal professor Munari una risposta.

FRANCESCO MUNARI

(c.s.)

La mia risposta non sarà esaustiva perché i margini di apprezzamento nell'applicazione di principî generalissimi, come quelli di proporzionalità, sono purtroppo molti.

In realtà questo tipo di ragionamento è molto pericoloso. Da un lato, infatti, dobbiamo ricordare che il Trattato istitutivo della Comunità Europea non attribuisce, in generale e tanto meno alla Commissione, alcuna competenza comunitaria in materia di politica delle infrastrutture. Se da un lato esistono norme specifiche (ad esempio la regolamentazione delle reti transeuropee), dall'altro, però, gli Stati membri mantengono le proprie competenze in materia di politiche economiche e di politica delle infrastrutture.

La stessa applicazione della normativa secondaria, attuativa delle regole di liberalizzazione dei servizi di cui al Regolamento n. 2408, individua, ancora una volta, il potere degli Stati membri di decidere, all'interno del loro sistema, l'aeroporto al quale vogliono dare gli *slot* di accesso al traffico, rispettando la parità di trattamento, la non discriminazione, ecc.. Il potere spetta, comunque, agli Stati membri.

Quello che mi lascia perplesso è il fatto che queste norme vengano totalmente obliterate in forza di ragionamenti meccanicistici. I conti, però, non tornano perché non si può applicare un principio di proporzionalità al beneficio che ha un'infrastruttura ad essere gestita in modo più efficiente perché aumenta il numero dei passeggeri, rispetto all'ipotetico svantaggio che ha il passeggero di andare a Linate o a Malpensa. Un ragionamento di proporzionalità deve essere fatto su altri aspetti: è convincente il ragionamento sulla proporzionalità che è stato utilizzato in altre ipotesi, quando, ad esempio, si trattava di una norma che vietava *tout court* la commercializzazione di un prodotto perché poteva essere, in qualche misura, considerato confondibile con altri che venivano regolati in modo diverso in un determinato Paese. Pensiamo, ad esempio, alla famosa sentenza sulla birra tedesca quando la Germania vietava l'importazione o la commercializzazione di birra non pastorizzata (i

tedeschi amano la birra fresca, da consumare in tre o quattro settimane, trascorse le quali il prodotto non è più commestibile). Questa norma impediva totalmente l'accesso al mercato tedesco, che è un mercato in cui il consumo di birra è elevato, a prodotti che non avevano quelle caratteristiche. In quel caso ha fatto bene la Corte a spiegare che, se l'esigenza del governo tedesco era quello di proteggere i consumatori, era sproporzionato vietare l'importazione. Sarebbe come dire: visto che voglio proteggere la sicurezza stradale, nessuno va più in macchina. Chiaramente la misura era sproporzionata, ma i termini di paragone qui erano abbastanza chiari.

Con riferimento all'applicazione del principio di proporzionalità al caso che stiamo trattando, mi chiedo come si fa a paragonare quelle che sono le aspettative di successo di una grande infrastruttura col possibile disagio che i passeggeri possono avere di andare a Malpensa piuttosto che a Linate. Chi lo può dire? Dove abitano questi passeggeri? Forse risiedono a Gallarate e, fino ad oggi, sono andati a Linate. Non sarebbe più realistico dire, e la Commissione questo non l'ha detto (ed è grave), che questa decisione precluderebbe ai concorrenti di Alitalia di alimentare i loro *hub* nazionali da Linate, cosa che invece fino ad oggi continuano a fare? Perché allora non mettiamo tutte le carte in tavola e vediamo quali sono i veri interessi in gioco, invece di andare a nasconderci dietro l'apparente disagio della persona che deve prendere il treno da Milano a Cadorna? Perché se poi verifichiamo il funzionamento dei trasporti da e verso gli altri aeroporti europei, le distanze e i tempi di percorrenza non sono diversi.

Torniamo alla sentenza Corbo. In materia di servizi postali è stato detto chiaramente dall'allora Avvocato Generale Tesauro, ed ora Presidente dell'Antitrust italiano, che, determinate situazioni di monopolio, o meglio di gestioni di diritti speciali ed esclusivi (per usare la terminologia dell'articolo 86, *ex* 90) non possono essere messe in discussione in quanto inefficienti. Ciò significa che anche se le poste recapitano la lettera in quindici giorni, non possiamo eliminare il monopolio. Se esiste un diritto speciale ed esclusivo attribuito *ex lege* ad un determinato soggetto da provvedimenti normativi dell'autorità regolamentare, e questo potrebbe essere trasfe-

ribile in un certo qual modo al gestore aeroportuale di Malpensa, il fatto che un soggetto ancora non operi a livelli di efficienza straordinari non vuol dire che questo gli deve precludere di svilupparsi ed operare per sempre, perché nel frattempo continuiamo ad utilizzare un sistema che premia di più determinate compagnie che hanno interessi antagonisti rispetto a quelli di politica infrastrutturale dello Stato.

A mio avviso bisogna stare attenti a non farsi fuorviare da ragionamenti che applicano principî che la Corte di giustizia ha individuato relativamente a casi ben precisi, a situazioni che invece non sono così agevolmente paragonabili ed identificabili a quei casi. Nel caso qui in discussione, infatti, avrei delle riserve a considerare come rilevante il principio di proporzionalità. Qui la proporzionalità si fa in base a che cosa? Quali sono gli interessi che devono essere tutelati rispetto ai quali vi è sproporzione nella decisione di differire gli *slot*? E se la linea Milano-Roma fosse appetibile ad altri cinque vettori ed Alitalia avesse il 25% della quota di mercato, la Commissione non farebbe tutte queste questioni. La realtà è diversa: ancora una volta dietro queste decisioni c'è la preoccupazione di agevolare il vettore di bandiera rispetto ad altri. Ciò è giustificabile per un organo che ha come elemento cardine del suo "codice genetico", quello di aprire ed integrare i mercati. Bisogna, però, stare attenti, perché in fase di liberalizzazione c'è sempre un punto di inerzia; non si può infatti pensare che chi è stato in quel mercato come monopolista (o come grande impresa dominante) per cinquant'anni, il giorno dopo perda le quote del mercato. Vada a vedere la Commissione sulla linea Londra-Edimburgo quali sono le quote di mercato utilizzate da vettori diversi da quelli britannici o quelle utilizzate da vettori diversi da quelli tedeschi sulla tratta Amburgo-Berlino o Amburgo-Francoforte! E allora perché questa battaglia soltanto nei confronti di Malpensa, e soltanto nei confronti di Alitalia? Mi sembra, obiettivamente, che non ci troviamo così in linea con i principî di diritto comunitario che io sono abituato a conoscere.

PIETRO GIRARDI

(Avvocato in Roma)

Una prima domanda a Mr. Laurent Muschel ed una brevissima domanda al prof. Munari poiché non posso perdere questa occasione di colloquiare con due persone con cui sono stato in contatto, ma non ho mai incontrato fisicamente, e poi un brevissimo commento al commento dell'amico professore Silingardi.

My question Mr Muschel is this one. Don't you think that although the Commission has got a very difficult task in dealing with all these complicated aviation matters, sometimes the Commission is overdoing with the risk of infringing, or being accused of infringing, existing international treaties like the Chicago Convention, and on the other side, it somehow is too safe on these very important matters like the liberalisation of ground-handling services. My brief question is this: is there, as far as you know, any special reason for having adopted the Third Package for air services by a Regulation of the Council and instead only a Directive for the liberalisation of airport ground-handling services, which is much softer instrument which has caused delays and misinterpretations?

La domanda per il professor Munari è molto breve. Ho percepito una critica velata alle decisioni della Commissione per gli aeroporti di Francoforte relativamente agli sconti fatti alla Sabena attraverso il sistema della frequenza delle tocche e dei servizi resi. Io sono un convinto liberista, lo sono sempre stato e ciò mi è costato pure qualche accusa di eccessivo liberismo. Ebbene a Francoforte con la ormai speciosa motivazione della carenza di spazi e di infrastrutture, il gestore dell'aeroporto ha respinto varie richieste di nuovi fornitori di servizi di assistenza a terra. Il fatto è che il gestore aeroportuale non ha voluto fare accedere nuovi entranti nel mercato del *ground handling* con la scusa delle carenze infrastrutturali. Secondo me non vuol dire, da quello che ho capito da lei professore, che i nuovi entranti vanno a sfruttare un mercato già avviato per le infrastrutture efficienti togliendo proventi al vecchio gestore. Secondo me lo spazio c'è e c'è spazio nel mercato ed è questo il senso della normativa comunitaria che vuole dare accesso ai nuovi en-

tranti. La stessa cosa possiamo dire per i servizi aerei. Dal 1° aprile 1997 è stata abolita la riserva di cabotaggio per cui la tratta Milano-Roma, molto appetibile, era, in teoria, aperta a tutti. Perché non deve essere aperto subito anche l'ingresso di altre società di *handling* molto efficienti oltre che a Francoforte, anche a Milano, Roma, Torino, ect.. Il fatto che la Milano-Roma non sia ancora gestita da altre compagnie altrettanto efficienti come la British Airways o altre vuol dire che esistono tali restrizioni e condizionamenti per cui nuove compagnie aeree non trovano ancora conveniente operare su questa rotta.

Il commento che vorrei fare a Gabriele Silingardi è il seguente. Nessuno vuole eliminare il Ministero dei Trasporti, ma il Ministero dei Trasporti esiste anche, da quando facciamo parte della Comunità Europea, per adottare e mettere in pratica le direttive, i regolamenti, la normativa comunitaria che è stata votata e approvata anche dal Governo italiano. Se poi non ci sta bene, o non si votano i provvedimenti comunitari oppure si contestano in maniera ufficiale, evitando di assumere comportamenti dilatori o contraddittori con quelle che sono le norme votate e approvate dal Governo italiano a Bruxelles. Grazie

LAURENT MUSCHEL

(c.s.)

Thank you Mr. Girardi for the question. First of all just a few comments on the limits of Malpensa because I didn't get everything which was said in Italian, but I saw that we have been heavily criticised. I think it's our role to be criticised as European Commission. Taking decisions from very far away. It's always easy to criticise, but just try to be in our position from time to time and then you will see that is not easy especially when you have to defend different types of interested parties and you have also to look at the position from the other airlines and not only from the Italian airlines. You will see that the decision, the first decision on Malpensa, I don't know if there will be a second decision, was quite balanced.

It's true therefore that you have to put a limit so there is a question in terms of powers of Commission. The regulation says very few words on non-discrimination and then it's up to the Commission to decide. It's true therefore that we have got some "powers of discretion". So why 4 million not 5 or 6 or 7 passengers? We had to decide somewhere and it's like any judge who has to decide if it is proportionate or not. This is a difficult task to take a decision on proportionality.

Regarding your precise question on the directive on ground-handling in fact it's true that the third package was adopted through regulations and it was more effective than the directive which needs transposition into national legislation; but you have also to take into account that the Commission is not deciding on its own. The member States in the Council of Ministers are the ones who decide. What the Commission does is only to propose legislation, then the European Parliament and the Council of Ministers adopt. Until the new Treaty, the Amsterdam Treaty, transport was under a co-operation procedure so the role of the European Parliament was quite limited. It was therefore mainly that the Council of Ministers who had the power of decisions. In that case the Ministers were in favour of a directive. The services of the Commission were open on this issue and could accept to have a regulation. We wanted to have a regulation with important effects and if you look at the first draft proposal of the Commission and look at the final text agreed by the Council of Ministers you will see that the directive was completely watered down. The scope and the impact was substantially limited but we had to get sufficient member states to vote on the text (in particular Germany, Austria, Greece were opposed to the proposed regulation). So in order to get a qualified majority to adopt the regulation, the Commission had to accept some compromised solutions. That's why the directive is not the best piece of legislation we have adopted so far but it was largely because of the pressure from the member states. This being said, the impact of the directive should not be underestimated. The directive has provided considerable positive changes in the ground-handling market and the Commission has taken a tough line on the possibilities of derogation

which are included in the directive. All in all, there is more competition and more efficiency in the major airports of the Community.

FRANCESCO MUNARI

(c.s.)

All'avv. Girardi volevo rispondere questo. Anche io sono un liberista convinto, ma non si vive di solo liberismo, e comunque va temperato.

Relativamente alla questione di Francoforte la mia critica non è sulla liberalizzazione dell'*handling* aeroportuale, dei servizi a terra, intendiamoci, tutt'altro. Però all'epoca non c'era una normativa che liberalizzasse questo settore. La critica è sull'aver applicato l'articolo 82 (ex art. 86 del Trattato) ad una situazione che non aveva nulla a che vedere con l'abuso di posizione dominante. In questo senso la critica è di avere anticipato i tempi politici che non erano così maturi per liberalizzare i servizi a terra. Dirò di più: io credo che un operatore di servizi aeroportuali sia molto interessato a lavorare in un aeroporto ricco come quello di Francoforte, dove transitano quarantacinque milioni di passeggeri all'anno. Prima di riuscire a penalizzare quel traffico bisognerà essere molto inefficienti dal punto di vista dei servizi aeroportuali. Vorrei chiedere se c'è la volontà di entrare in un mercato competitivo con un aeroporto sottoutilizzato, come Malpensa, per trasformarlo in un *hub* importante come Francoforte. E lì ho qualche dubbio sulla presenza di tanti operatori di servizi aeroportuali interessati ad entrare in quel mercato richiedendo un intervento della Commissione, che rilevi l'abuso di posizione dominante del gestore, che non consente l'accesso alle infrastrutture essenziali. La mia critica a qual provvedimento è una critica specifica a questa figura dell'accesso all'*essential facilities* che è vista come una soluzione "di moda" da parte dell'Autorità Antitrust e della Commissione per aprire determinati mercati. A mio avviso ci troviamo di fronte ad una situazione molto delicata e che deve essere gestita con molta cautela.

Per concludere, quando parliamo di sistema aeroportuale, la Commissione dovrebbe applicare le norme nel senso che l'utilizzo da parte dello Stato membro del potere di decidere su quali aeroporti di un sistema devono essere indirizzati i flussi di traffico non può essere censurato quando il suo utilizzo avvenga - leggo l'art. 8, comma primo, del Regolamento 2408 - "senza discriminazioni basate sulla nazionalità o sull'identità del vettore aereo".

Ora, con questo non voglio dire che il principio di proporzionalità debba essere totalmente estraneo da problematiche del genere, però il regolamento parla chiaro sui limiti dello Stato che discrimina sulla base della nazionalità, o discrimina sulla base dell'identità del vettore aereo oppure decide come ripartire il traffico. Allora, sulla base delle norme processuali e dei principi processuali, o la Commissione prova che la decisione dello Stato italiano discrimina sulla base della nazionalità e sull'identità del vettore aereo, oppure mi sembra che il potere dello Stato non sia facilmente discutibile nei termini in cui esso viene esercitato. In caso contrario, come diceva giustamente Gabriele Silingardi, gli Stati membri non farebbero più niente e la Commissione, invece di aver un potere di controllo, deciderebbe direttamente su come organizzare tutti i traffici aerei negli Stati membri. Se questo potere le verrà conferito dalla Corte di Giustizia, ne prenderemo atto e, tra l'altro, non sarebbe la prima volta che la Corte amplia le competenze della Comunità. Però, finché ciò non avviene, e non ci sono norme del Trattato o, comunque, norme secondarie che questo hanno imposto, mi sembra opportuno suggerire maggiore cautela prima di prendere determinate posizioni.

GERARDO MARLETTO

(Responsabile del Centro Studi della Federtrasporto)

Vorrei porre tre brevissimi quesiti tecnici a Monsieur Muschel e poi contribuire a questo interessante dibattito che si è aperto sulla questione Malpensa-Linate.

Partirei con i quesiti per Monsieur Muschel. Vorrei conoscere la posizione della Commissione sulle seguenti due questioni:

- 1) Qual è l'orientamento in materia di allocazione degli *slots*? Si ritiene di dover modificare gli attuali meccanismi largamente basati sui "*Grandfather rights*"?
- 2) Qual è l'orientamento della Commissione in materia di compensazione ai viaggiatori in casi di ritardi? Si pensa anche a meccanismi automatici? Come si ritiene che si debbano ripartire le responsabilità tra compagnie, aeroporti, controllo del volo?

Io credo che la questione nasconda un problema più generale, il problema dell'incontro, direi lo scontro, tra due aree, un'area di mercato che è stata ampiamente liberalizzata (quella della fornitura del servizio di trasporto aereo) ed un'area che invece continua ad avere, per fatti strutturali, connotazioni fortemente pubbliche (ed è quella della gestione degli aeroporti, con i suoi corollari in termini di allocazione delle capacità e di produzione dei servizi collaterali).

In questo contesto ritengo che da parte degli operatori dominanti sul proprio mercato, in buona parte operatori nazionali, continuerà ad esserci una pressione ad utilizzare la connotazione pubblica della componente sistema aeroportuale per continuare a far prevalere i propri interessi. Questo comportamento è da combattere, poiché l'obiettivo da tutelare non è l'interesse nazionale, ma l'offerta in concorrenza di servizi per il consumatore.

Su questo punto sono pienamente d'accordo con il professor Munari quando sostiene che il problema di Linate è una questione di accesso agli altri *hub* europei da parte di compagnie concorrenti di Alitalia. Se si toglie questo velo si capisce anche che c'è un'altra questione, la questione degli *slots*, ed anche su questo credo ci sia un orientamento della Commissione ad aprire ad un vero e proprio mercato, limitando al massimo l'area di tutela a favore degli operatori dominanti.

LAURENT MUSCHEL

(c.s.)

Thank you very much for your questions. Very briefly because there are a lot of questions.

A word again on Malpensa. Mr Munari read properly article 8 paragraph 1 of the regulation 2405/92 which deals with non-discrimination. But once we find a case of discrimination, we have to look for the reasons for the discrimination and then proportionality comes into the play. This means that the Commission has to assess whether the discrimination is justified for technical or infrastructure reasons. In other words you cannot escape from the proportionality issue once you have decided that there is a discrimination.

On your question on computer reservation system I think it's very true what you say: we have to open up CRS to other modes of transports because they are competing between them and sometimes it's more efficient to go by rail than go by plane. For instance from Brussels to London you may gain time by taking the high speed train. It could take longer to go by plane if you take into account the time for boarding, the delays and travel time to the airports. I don't know if it is in the package of legislation that you received this morning, but there is a new version of the code of conduct on computer reservation system (Council Regulation 323/99) and this new regulation which was adopted this year introduces the possibility of a display of high speed trains on computer reservation system. We have done it only for high speed train because we saw it was not useful for other modes of transport for the time being and it also saved many technical difficulties. This was a first step. We will monitor it and maybe make a new proposal if necessary.

On denied boarding compensation issue the regulation 295/91 set up automatic compensation level and I think you are right it's better to have automatic compensation than to ask the passengers to deal with the airlines themselves. However, this is a minimum compensation so the airlines can freely decide to go beyond. I just want to add that if you face serious damage because you were de-

nied boarding, for instance you had to sign an important contract and because of the denied boarding you were not able to sign it, you can always go to court and get indemnities. Therefore, the fact that the Community decided to set up minimum compensation level is without prejudice to any damage that you can claim before a Court.

Regarding delays in general, we are investigating on the possibility to adopt rules in that field but we face a lot of oppositions from the airlines because it is going to cost a lot since most of the airlines are delayed today in Europe. Moreover, what should be the reasonable level of compensation and when should the passenger be compensated? After a delay of half an hour, one hour or two hours? There are a lot of open questions that we are currently investigating. Moreover, we have also to take into account the new Montreal Convention which was signed in May this year; in other words, the Commission also has to take into account international obligations since the Montreal Convention also deals with delays. Thank you.

LUCIO BIANCO

(c.s.)

Mi pare che non ci siano altri interventi. Chiudiamo qui questa prima giornata, l'appuntamento è per domani. Grazie.